Der Irrtum im Strafrecht

Inaugural-Dissertation

zur Erlangung der Doktorwürde

der

Juristischen Fakultät der Universität zu Breslau

vorgelegt von

Hellmut Bohlmann

Referendar.

Liegnitz

Buch- und Kunstdruckerei H. Krumbhaar

1911.

Gedruckt mit Genehmigung der Juristischen Fakultät der Universität Breslau.

Referent: Professor Dr. Gretener.
Korreferent: Professor Dr. Fischer.

Meinen Eltern!

Inhalts-Verzeichnis.

I. Unkenntnis des Vorhandenseins rechtlich bedeutsamer Tatumstände.

II. Irrtümliche Annahme des Vorhandenseins rechtlich bedeutsamer Tatumstände.

Literatur-Verzeichnis.

v. Bar: Zur Lehre vom Rechtsirrtum im Strafrecht, Gerichtssaal 38, 252, ff.

Derselbe: Gesetz und Schuld im Strafrecht, Bd. 2, Berlin 1907.

Basedow: Die strafrechtliche Verschuldung, Hamburg 1898.

Beling: Die Lehre vom Verbrechen, Tübingen 1906.

Binding: Grundriß des Deutschen Strafrechts, Allg. Teil, 7. Aufl., Leipzig 1907.

Birkmeyer: Encyclopädie der Rechtswissenschaft, Berlin 1901.

v. Bülow: Gerichtssaal 59, I ff.

van Calker: Ethische Werte im Strafrecht, Berlin 1904.

Graf Dohna: Gerichtssaal 65, 304 ff.

Fabian: Abgrenzung von untauglichem Versuch und Putativdelikt, und Erörterung ihrer Strafbarkeit, Breslau 1905.

Finger: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Berlin 1904.

Frank: Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 5.—7. Aufl., Tübingen 1908.

Gretener: Die neuen Horizonte im Strafrecht 1909.

Goldschmidt, Goldtammer: Archiv 51, 340 ff.

Hälschner: Das gemeine Deutsche Strafrecht, Bd. 1, Bonn 1881.

Heinemann: Die Binding'sche Schuldlehre.

v. Hippel: Vergleichende Darstellung des Deutschen und ausländischen Strafrechts, Allg. Teil, Bd. 3: Vorsatz, Fahrlässigkeit, Irrtum, S. 373 ff.

Jellinek: Die sozial-ethische Bedeutung von Recht, Unrecht und Strafe, 2. Aufl., Berlin 1908.

Kahn: Der außerstrafrechtliche Rechtsirrtum, Breslau 1900.

Klee: Wille und Erfolg in der Versuchslehre, Breslau 1898.

Köhler: Die Strafbarkeit bei Rechtsirrtum, München 1904.

Derselbe: Studien zum Vorentwurf eines Deutschen Strafgesetzbuches, Nürnberg 1910.

Kohlrausch: Irrtum und Schuldbegriff im Strafrecht, 1. Teil, Berlin 1903.

Derselbe: Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft, Bd. 23, 57.
Kohn: Der untaugliche Versuch und das Wahnverbrechen, Breslau 1904.
Kriegsmann: Wahnverbrechen und untauglicher Versuch, Breslau 1904.
Liepmann: Einleitung in das Strafrecht, Berlin 1900.
v. Liszt: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 16. und 17. Aufl., Berlin 1908.
M. E. Mayer: Die schuldhafte Handlung und ihre Arten im Strafrecht 1901.
Derselbe: Rechtsnormen und Kulturnormen, Breslau 1903.
Merkel: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, Stuttgart 1889.
Hugo Meyer: Lehrbuch des Deutschen Strafrechts, 5. Aufl.
Mittermaier: Kritische Beiträge zur Lehre von der Strafrechtsschuld, Gießen 1909.
Olshausen: Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich, 1890.
Oetker: Über den Einfluß des Rechtsirrtums im Strafrecht, 1876.
Reichsgericht: Entscheidungen in Strafsachen.
Schopenhauer: Preisschrift für die Freiheit des Willens, seiner sämtlichen Werke 3 Bd. Reclam.
Schweizer: Zur Lehre vom Irrtum im Strafrecht, Straßburg 1906.
Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch, Berlin 1909.
Wiskott: Zur Lehre von der sogenannten aberratio ictus 1899.

Die Schriftsteller, von denen nur ein Werk benutzt ist, sind im Folgenden nur unter Angabe der Seite des betreffenden Werkes zitiert.

§ 1.

Schuld und Irrtum.

Allgemeines.

Der Irrtum ist im Strafrecht von Wichtigkeit in zwei großen Gebieten des allgemeinen Teils: in der Schuldlehre und in der Versuchslehre.

Schuld ist die innere Beziehung eines Täters zu seiner Tat. Zwei Formen dieser Beziehung unterscheiden wir: Vorsatz und Fahrlässigkeit.

Über das Wesen des Vorsatzes herrscht Streit zwischen Vorstellungs- und Willenstheorie, der dahin geht, ob dieses Wesen in einem bloßen Vorstellen zu suchen sei, oder ob zu dem Vorstellen noch ein Wollen hinzutreten müsse. Beide Theorien sind sich also einig, daß zum Vorsatz ein bestimmtes Vorstellen gehört. Dies genügt uns, um die Bedeutung des Irrtums für den Vorsatz festzustellen. Denn hier haben wir es nur mit dem Inhalt des Vorsatzes, sofern er vorgestellt sein muß, zu tun. Wenn wir bestimmen wollen, welcher Vorstellungsinhalt dem Vorsatze wesentlich ist, werden wir sogleich die Bedeutung des Irrtums für den Vorsatz erkennen. Nehmen wir das Wort Irrtum in seinem doppelten Sinn, einmal in dem engeren, eigentlichen Sinne als

Vorhandensein einer falschen Vorstellung an Stelle der richtigen, dann in dem weiteren Sinne als Mangel der richtigen Vorstellung, also auch die Abwesenheit jeder Vorstellung mitumfassend, gleichbedeutend mit Unwissenheit, so kommt für unsere Frage der Irrtum nur in dem weiteren Sinne in Betracht. Der Irrtum nämlich als Fehlen der richtigen Vorstellung schließt den Vorsatz aus, sofern diese Vorstellung dem Vorsatze wesentlich ist. Die Bedeutung eines Irrtums für den Vorsatz ergibt sich also aus dem Inhalt des Vorsatzes.

Das Wesen der Fahrlässigkeit besteht nicht in einem Vorstellen, sondern in dem Mangel eines Vorstellens, und zwar muß eine solche Vorstellung fehlen, deren Vorhandensein Vorsatzerfordernis ist. Der Mangel derselben Vorstellung, der den Vorsatz ausschließt, begründet die Haftung wegen Fahrlässigkeit, sofern er vermieden werden konnte. Dem fahrlässigen Handeln liegt also stets ein Irrtum zu Grunde, aber ein schuldhafter Irrtum. Dadurch unterscheidet sich das fahrlässige vom schuldlosen Handeln. Die Bedeutung eines schuldhaften Irrtums aber ergibt sich auch für die Fahrlässigkeit aus dem Inhalt des Vorsatzes.

Wir sehen, derselbe Irrtum hat für beide Schuldformen verschiedene Bedeutung. Um aber den Irrtum festzustellen, der überhaupt von Erheblichkeit ist, müssen wir den Schuldinhalt bestimmen, der derselbe ist für Vorsatz und Fahrlässigkeit. Dies wird also zunächst unser Thema sein. Dabei wird so verfahren werden, daß die zum

Vorsatz erforderlichen Vorstellungen ermittelt werden, woraus sich dann bei Mangel einer solchen Vorstellung die Folgerung auf die Fahrlässigkeit nach dem eben Ausgeführten von selbst ergibt.

§ 2.

Der Vorsatz hat die gesamte äußere Tatseite zu umfassen.

Wenn wir die Frage nach dem Vorstellungsinhalt des Vorsatzes aufwerfen, wenden wir uns zunächst an das Gesetz um Aufklärung. Unser Str. G. B. enthält über den Inhalt des Vorsatzes nur eine Bestimmung in § 59. Aus ihrer Entstehung ergibt sich, daß sie den Vorsatz nicht erschöpfend regeln sollte.[1]) Soweit er geregelt ist, sind wir natürlich gebunden. Nichts hindert uns aber, ja die Wissenschaft hat die unmittelbare Aufforderung erhalten, das Gesetz in dieser Hinsicht zu ergänzen. Welcher Vorstellungsinhalt ist für den Vorsatz nach § 59 erforderlich? § 59 antwortet darauf in negativer Form, indem er sagt, wann der Irrtum den Vorsatz ausschließt. Fassen wir die Bestimmung positiv, so ergibt sich: der Täter muß das Vorhandensein der Tatumstände kennen, welche zum gesetzlichen Tatbestande gehören oder die Strafbarkeit erhöhen. Von den straferhöhenden Umständen sehen wir zunächst ab, und beschränken uns auf die Erörterung der Tatumstände, welche zum gesetzlichen Tatbestande gehören. Was

[1]) Vgl. **Hippel**, 473 ff, insbes. 485. Anm. 3.

versteht § 59 unter gesetzlichem Tatbestand? Gewöhnlich faßt man gesetzlichen Tatbestand als die Summe der Merkmale, die das mit Strafe bedrohte Verhalten aufweist, d. h. sämtliche Deliktsmerkmale, abgesehen von der Strafdrohung, und teilt den gesetzlichen Tatbestand in einen allgemeinen und einen besonderen. Allgemeiner Tatbestand ist die Summe der Merkmale, die jedes mit Strafe bedrohte Verhalten aufweist, besonderer Tatbestand die Summe der Merkmale, durch die sich die einzelnen Verbrechen von einander unterscheiden.[1]) Man unterscheidet ferner zwischen objektivem Tatbestand, das sind die Merkmale, welche der äußeren Tatseite angehören, und subjektivem Tatbestand, das sind die Merkmale, welche der inneren Tatseite angehören.[2]) Da nun der Vorsatz selbst zum subjektiven Tatbestand gehört und eben die innere Beziehung des Täters zu seiner Handlung darstellt, muß gefolgert werden, daß unter gesetzlichem Tatbestand in § 59 nur der objektive Tatbestand gemeint ist, von diesem aber sowohl der allgemeine wie der besondere. Nach herrschender Ansicht hat sich also der Vorsatz nicht zu erstrecken, 1. auf die Strafbarkeit der Handlung, d. h. Vorhandensein und Höhe der Strafdrohung, sowie die Strafdrohungsbedingungen, 2. auf den subjektiven Tatbestand, d. h. das Vorhandensein der Schuld. Dagegen hat der Vorsatz zu umfassen

[1]) Vgl. Frank, Einl. Bestimmung. I.

[2]) Vgl. Merkel, 34.

den objektiven allgemeinen und besonderen Verbrechenstatbestand.[1])

Die Unterscheidung von allgemeinem und besonderem Tatbestand verwirft Beling. Er bestimmt das Verbrechen als „die tatbestandsmäßige rechtswidrige, schuldhafte, einer auf sie passenden Strafdrohung unterstellbare und den Strafdrohungsbedingungen genügende Handlung"[2]), und versteht unter Tatbestand den Inbegriff der Merkmale, die den Umriß eines der in geschlossener Zahl im Recht aufgestellten Verbrechenstypen ergeben.[3]) Die Schuld als das subjektive Merkmal im Verbrechensbegriff habe nun sämtliche objektive Merkmale zu umfassen, ausgenommen lediglich das Passen der Strafdrohung und die Strafdrohungsbedingungen. Schuld sei demnach „die psychische Beziehung des Täters zu der Tat als einer tatbestandmäßigen rechtswidrigen Handlung."[4]) Dem ist zuzustimmen, aber es kommt hier nur klarer und schärfer zum Ausdruck, was oben auch gesagt ist. Deshalb irrt Beling, wenn er meint, aus dieser Vorsatzbestimmung folge, daß das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit zum Vorsatz gehöre. „Regelmäßig kann, so folgert er, die Tatbestandserfüllung gerade so gut rechtmäßig oder harmlos wie rechtswidrig sein und folglich entbehrt das Wissen der Tatbestand-

---

[1]) Vgl. z. B. **Merkel**, 81. **Liepmann**, 134, 139. **Birkmeyer** 1055.
[2]) **Beling**, 7.
[3]) **Beling**, 21.
[4]) **Beling**, 180.

lichkeit regelmäßig jedes Schuldmoments." „Demnach kann in dem Schuldbegriff unmöglich die psychische Beziehung zu dem Rechtswidrigkeitsmoment fehlen."[1]) Gewiß zum Vorsatz kann nicht genügen die psychische Beziehung des Täters zum Tatbestand im Sinne Belings. Es muß hinzutreten die Beziehung zum Merkmal der Rechtswidrigkeit. Aber es fragt sich, ob der Täter nur die sämtlichen Tatsachen zu kennen braucht, aus denen der Richter die Rechtswidrigkeit folgert, oder ob er selbst auch den Schluß auf die Rechtswidrigkeit gezogen haben muß. Diese Frage wird noch näher zu erörtern sein. Hier sollte nur darauf hingewiesen werden, daß sie aus dem formalen Deliktsbegriff nicht zu lösen ist. Dieser sagt nur, daß jedenfalls zum Vorsatz Kenntnis sämtlicher die Rechtswidrigkeit ausmachender Tatsachen gehört. Zu diesen gehört aber nicht nur der Tatbestand im Sinne Belings, sondern auch die sogen. negativen Tatumstände, bei deren Vorliegen die Rechtswidrigkeit der Erfüllung des Tatbestandes entfällt. Der objektive Verbrechenstatbestand besteht also aus positiven Tatumständen, das ist der gesetzliche Tatbestand Belings, und negativen Tatumständen, das sind die Unrechtsausschließungsgründe. Beide muß der Täter kennen. Der Täter muß also wissen, daß die positiven Tatumstände vorliegen, er muß aber auch wissen, daß kein negativer Tatumstand vorliegt. Tötet er z. B., weil er irrtümlich an einen gegenwärtigen Angriff glaubt, so

[1]) Beling, 180, 181.

irrt er über die äußere Tatseite, weil er nicht sämtliche Tatumstände kennt, aus denen die Rechtswidrigkeit seines Tuns folgt. Denn diese folgt nicht nur daraus, daß er tötet, sondern auch daraus, daß tatsächlich kein gegenwärtiger Angriff vorliegt. Er begeht also einen Tatirrtum, keinen Rechtsirrtum, und dieser ist auf jeden Fall zu berücksichtigen. Zu beachten ist, daß es sich nicht um die irrtümliche Annahme einer Befugnis handelt, sondern um die irrtümliche Annahme von Tatumständen, bei deren Vorliegen tatsächlich eine Befugnis gegeben wäre. Die Frage: ist ein Irrtum über die negativen Tatumstände erheblich? hat also nichts zu tun mit der Frage: ist Bewußtsein der Rechtswidrigkeit erforderlich? da es sich im ersten Falle noch um einen rein tatsächlichen Irrtum handelt. Im Ergebnis stimmt man allgemein dahin überein, daß dieser Irrtum erheblich ist.[1]) Eine Ausnahme macht nur von Liszt.[2]) Logisch ist seine Auffassung nach dem Gesagten nicht haltbar. Aber auch der praktische Grund, mit dem er sie rechtfertigt, daß nämlich, wer in vermeintlicher Notwehr einen Menschen tötet, die Strafe des Totschlags durchaus verdient habe, widerspricht zweifellos dem allgemeinen Rechtsgefühl, wie der Umstand beweist, daß von Liszt mit dieser Ansicht ganz allein steht.[3])

---

[1]) Vgl. Hippel, 549, Anm. 5.

[2]) Liszt, S. 180, bes. Anm. 4.

[3]) Vergl. Gretener, 97 Anm.

§ 3.
Was sind Tatumstände, die zum gesetzlichen Tatbestande gehören?

Wir haben festgestellt, daß zum Vorsatz nicht gehört Kenntnis der Strafbarkeit und Kenntnis der Schuld. Mithin ist auch ein Irrtum über die Strafbarkeit oder die Schuld unerheblich. Dagegen erfordert der Vorsatz Kenntnis des objektiven Verbrechenstatbestandes, oder genauer, Kenntnis der Tatumstände, welche zum objektiven Verbrechenstatbestande gehören. Was sind nun Tatumstände, die zum objektiven Verbrechenstatbestande gehören? Der objektive Verbrechenstatbestand besteht aus einer Summe von abstrakten Begriffen, den Tatbestandsmerkmalen; Tatumstände dagegen sind konkrete Verhältnisse. Tatumstände, die zum objektiven Verbrechenstatbestande gehören, sind daher die konkreten Verhältnisse, in denen sich die einzelnen Tatbestandsmerkmale verkörpern. Diese scheidet also § 59 aus der Gesamtheit der Tatumstände als rechtlich bedeutsam aus.[1]) Der Täter muß ihr Vorhandensein kennen; ein Irrtum hierüber schließt den Vorsatz aus. Jetzt erheben sich aber zwei weitere Fragen, deren Beantwortung höchst streitig ist: einmal, was bedeutet Kenntnis dieser Tatumstände? Zweitens, gehört außer der Kenntnis dieser Tatumstände zur Schuld noch das Bewußtsein einer Pflichtwidrigkeit?

---

[1]) Vgl. Kriegsmann, 15.

§ 4.
Die Tatumstände als Vorgang der Sinnenwelt.

Wir betrachten zunächst zwei extreme Ansichten, um durch den Nachweis ihrer Unrichtigkeit das Gebiet, auf dem die erste Frage gelöst werden muß, enger abzugrenzen. Die erste Ansicht versteht unter Kenntnis der Tatumstände richtige Auffassung der Tatsachen in ihrer konkretesten Gestalt als eines „Vorganges der Sinnenwelt“.[1]) Nach ihr muß der Täter z. B. im Falle des § 242 nur um die Tatsachen gewußt haben, aus denen das Eigentum eines anderen folgt, er selbst braucht aber diesen Schluß nicht gezogen zu haben.

1. Diese Ansicht ist undurchführbar. Sie will scheiden zwischen Aufnahme der Tatsache durch die Sinne und ihrer Verarbeitung durch das Denken und erklärt nur die erste für erforderlich. Nur ein Irrtum über das tatsächliche Geschehen soll erheblich sein, nicht ein Irrtum über die Begriffe, denen das tatsächliche Geschehen unterzuordnen ist. Dagegen sagt Finger mit Recht:[2]) „Man kann den Irrtum nicht in einen Wahrnehmungs- und Schlußirrtum teilen, da die einfachste Wahrnehmung, die zum Zwecke des Handelns vorgenommen werden soll, ein Schluß ist“.

2. Aber selbst wenn es uns gelingt, Wahrnehmungs- und Schlußirrtum zu trennen, so ist es unmöglich, den

[1]) Vgl. **Liszt**, 170. **Beling** 188 ff.
[2]) **Finger**, S. 238.

letzteren stets für unerheblich zu erklären. Der Täter, der über das Alter der mißbrauchten Person im Falle des § 176 irrt, begeht einen Wahrnehmungsirrtum, wenn er sich bei Angabe des Geburtsjahres verhört. Verrechnet er sich, so begeht er schon einen Schlußirrtum, er irrt nicht mehr über die sinnlich wahrnehmbaren Tatsachen, aus denen der Begriff vierzehn Jahre folgt, sondern er irrt bei der Unterordnung der Tatsachen unter diesen Begriff. Sollen wir nun sagen, für seine Sinnesfehler brauche niemand aufzukommen, wohl aber für seine Verstandesfehler? Treffend bemerkt Kohlrausch, daß man dann die Zurechnungsfähigkeit einfach als normale Funktion der Sinne bestimmen müßte.[1] Diese Ansicht verkennt, worauf es für uns ankommt.[2] Wir handeln auf Grund von Vorstellungen, unsere Vorstellungen aber sind nicht reine äußere Tatsachen. Die Tatsachen haben für unser praktisches Leben und für das Recht als die Ordnung des praktischen Lebens Interesse nicht als bloße sinnfällige Erscheinungen der Außenwelt, sondern nur in ihren Beziehungen zu uns. Diese Beziehung aber drücken wir durch Begriffe aus, und erst durch die Unterstellung unter einen bestimmten Begriff erhalten die Tatsachen die uns interessierende Färbung. Nicht daß der Täter die das Eigentum eines anderen erzeugenden Tatsachen mit den Sinnen richtig

---

[1]) Kohlrausch, S. 103.

[2]) Vgl. zum folgenden Kohlrausch, S. 94 ff. Liepmann, S. 78 ff.

aufgenommen hat, ist für unsere Betrachtung der springende Punkt, sondern daß er die Sache als eine fremde, ihm nicht zukommende erkannt hat. Die richtige Aufnahme der Tatsachen durch die Sinne ist nur erforderlich als Voraussetzung für ihre richtige Verarbeitung durch das Denken. In Betracht kommt für uns aber nur die letztere, denn da das Gesetz eine Reihe von Lebensbeziehungen schützen will, so muß der Täter eben diese Beziehungen erkannt haben, sonst kann von einem vorsätzlichen Angriff auf sie nicht die Rede sein. „Das juristisch relevante Moment in dem Deliktserfolg ist nicht die sinnfällige Veränderung der Außenwelt.“[1]) Wesentlich ist nicht, daß der Täter diese erkannt hat, sondern die Beziehung, um deren Willen sie für das Recht in Betracht kommt.

3. Die eben abgelehnte Ansicht wird allerdings von ihren Vertretern z. T. praktisch dadurch unschädlich gemacht, daß sie generell Bewußtsein der Rechtswidrigkeit fordern. Nun ist natürlich richtig, daß die unrichtige Beurteilung der Tatsachen schließlich einen Irrtum über die Rechtswidrigkeit der Handlung herbeiführt. Aber man darf nicht ganz verschiedenartige Dinge unter diesem Titel zusammenzustellen, um sie dann gleich behandeln zu können. Denn ob ich z. B. im Falle des § 171 eine neue Ehe eingehe, weil ich die alte irrtümlich aufgelöst glaube oder nur weil ich Bigamie nicht für strafbar halte, ist nicht dasselbe. Verschiedenes aber für sich

[1]) Vgl. Kohlrausch, 103.

zu behandeln, ist durchaus erforderlich, um zu einer klaren Erkenntnis in unserer schwierigen Frage zu kommen. Auch hier gilt das divide et impera.

§ 5.

Liszt's Lehre vom Subsumtionsirrtum.

Die zweite Ansicht ist Liszt's Lehre vom Subsumtionsirrtum, zu der er auf Grund des heutigen Rechts kommen zu müssen glaubt. Er erklärt nämlich: Kenntnis der Tatumstände bedeutet zwar Vorstellung der Tat als eines Vorganges der Sinnenwelt, aber außerdem sei erforderlich „im Sinne des geltenden Rechts die Subsumtion der Tat unter das Gesetz, der Tatumstände unter die Tatbestandsmerkmale". [1]) Daß dies der Sinn des § 59 sei, kann nicht zugegeben werden. Nach Liszt ist offenbar so zu lesen: Wenn jemand das Vorhandensein von Tatumständen, welche zum gesetzlichen Tatbestande gehören, und zwar als solcher, nicht kannte. Er bezieht also das Kennen auch auf die im Relativsatz geforderte Eigenschaft der Tatumstände. Sinngemäßer scheint mir folgende Lesart: Wenn jemand das Vorhandensein von Tatumständen, nämlich der, welche zum gesetzlichen Tatbestande gehören, nicht kannte. Der Ton liegt also auf Vorhandensein, und der Relativsatz begrenzt nur die Tatumstände, welche rechtlich bedeutsam sind. Aber auch sachlich ist Liszt's Ansicht nicht haltbar.

---

[1]) Vgl. Liszt, 170.

1. Richtig ist zwar, daß Kenntnis des sinnfälligen Ereignisses nicht genügen kann, sondern auch eine gewisse Beurteilung erforderlich ist. Zum Maßstab dieser Beurteilung aber die Begriffe des gesetzlichen Tatbestandes zu nehmen, geht zu weit. Denn ob das Gesetz z. B. Lotterie, Ausspielung, Waffe usw. sagt oder konkretere Ausdrücke wählt, ist in erster Linie eine Frage gesetzgeberischer Technik, soll aber nicht das Gebiet des Vorsatzes festlegen. [1])

2. Liszt's Ansicht führt zur ungleichen und unbilligen Behandlung wesentlich gleicher Fälle. Liszt muß freisprechen, wenn unehelich Verschwägerte, die sich gegen § 173 vergangen, sich vor dem Gesetze nicht für verschwägert und darum ihre Handlung nicht für strafbar hielten, während sie das Verbot des § 173 für Verschwägerte kannten. Dagegen muß er verurteilen, wenn die Angeklagten wußten, daß sie verschwägert seien, Verkehr unter Verschwägerten aber überhaupt nicht für strafbar hielten. Und doch ist offenbar, daß beide Fälle wesensgleich sind. Beide Male kannten die Angeklagten ihre natürliche Verwandtschaft, beide Male wußten sie nicht, daß ihre Handlung strafbar sei. Ändert es die Sachlage, daß sie im ersten Fall ihre Schwägerschaft nicht kannten, wohl dagegen im zweiten Fall? Aber das Verbot des § 173 beruht ja nicht auf der Schwägerschaft als der rechtlichen Verwandtschaft, sondern auf der natürlichen, die sie beide Male kannten. Oder ändert

[1]) Vgl. Kohlrausch, 179, 180.

es die Sachlage, daß sie im ersten Fall das allgemeine Verbot des § 173 kannten, nicht dagegen im zweiten Falle? Aber was hat die Kenntnis von der Strafbarkeit einer anderen Handlung mit der Aburteilung der vorliegenden zu tun? Letztere und auf diese kommt es allein an, hielten sie in beiden Fällen nicht für strafbar. Eine ungleiche Behandlung ist durch nichts gerechtfertigt.[1]) Noch unhaltbarer aber zeigt sich Liszt's Ansicht, wenn die Angeklagten im ersten Falle sich zwar nicht für gesetzlich verschwägert, ihre Handlung jedoch für strafbar hielten, was sehr wohl denkbar ist. Hier müßte Liszt bei folgerichtiger Durchführung seiner Ansicht freisprechen. Das Ergebnis wäre dann: ein Freispruch im ersten Fall trotz bewußter Rechtswidrigkeit, eine Verurteilung im zweiten Fall trotz mangelnden Bewußtseins der Rechtswidrigkeit! Liszt's Ansicht führt offenbar dazu, Kenntnisse zu fordern, die zur Schuld nicht wesentlich sind.

§ 6.
Die Lehre des Reichsgerichts vom strafrechtlichen und außerstrafrechtlichen Irrtum.

Eine mittlere Stellung zwischen den beiden eben besprochenen Ansichten nimmt das Reichsgericht ein. Seine Ansicht läßt sich etwa folgendermaßen entwickeln.

---

[1]) Vgl. Kohlrausch, 184.

Tatumstände sind nicht mehr die Tatsachen als bloße Erscheinungen der Sinnenwelt, sondern schon die Begriffe, unter die sie verarbeitet worden sind, soweit nämlich eine solche Verarbeitung ohne Rechtssätze möglich ist. Irrtum über Tatumstände ist also falsche tatsächliche Beurteilung. Wenn ich ein fremdes Buch mitnehme, weil ich es mit dem meinen verwechsele, so ist das solch falsches Tatsachenurteil. Man kann ein fremdes Buch aber nicht nur wegnehmen, weil man es mit dem eigenen verwechselt, sondern auch, weil man über den Eigentumsübergang irrt, das Buch rechtlich schon für das eigene hält. Der Täter befindet sich offenbar in der gleichen Lage, auch hier hat er in ein fremdes Recht eingegriffen ohne Wissen und Willen. Der Irrtum beruht aber hier auf unrichtiger Verarbeitung der richtig erkannten Tatsachen unter Rechtsbegriffe, auf falscher rechtlicher Beurteilung, und zwar gehören die in Betracht kommenden Normen dem Zivilrecht an. Schließlich kann man noch irren, indem man zwar die Sache als eine fremde erkennt, aber nicht weiß, daß Wegnehmen fremder Sachen strafbar ist, Unkenntnis des Strafgesetzes, oder indem man dies zwar weiß, aber z. B. glaubt, daß unter Sachen nur Gegenstände von gewissem Werte verstanden werden, und der weggenommene nur Liebhaberwert besitzende Gegenstand nicht darunter falle, strafrechtlicher Subsumtionsirrtum. Hier liegt offenbar die Sache anders. Der Täter hat die rechtlich bedeutsamen Momente, um deren Willen die

Tat verboten ist, richtig erkannt. Er hat sie nur unter das verbietende Gesetz nicht richtig unterstellt oder dieses überhaupt nicht gekannt. Es ist nur ein Irrtum über das Verbotensein der Tat, und dieser soll dem Täter nicht zugute kommen. Denn die Strafgesetze sollen nicht nur den treffen, der sie kennt, sondern jeden. So kam das Reichsgericht zu folgendem Ergebnis:

Es entschuldigt falsche tatsächliche Beurteilung, sogen. Tatirrtum.

Da das Strafrecht subsidiären Charakter hat, die in anderen Rechtsgebieten nach Inhalt und Voraussetzungen umschriebenen Interessen schützt, so entschuldigt auch Irrtum über das Vorliegen dieser geschützten Interessen, sogen. außerstrafrechtlicher Irrtum.

Dagegen entschuldigt nicht Irrtum über das Vorliegen eines solchen Schutzes selbst, sogen. Strafrechtsirrtum.

Diese Ansicht des Reichsgerichts, „eine Konsequenz des sekundären Charakters des Strafrechts", [1]) erscheint theoretisch durchaus nicht so haltlos und unbegründet, wie ihr von mancher Seite vorgeworfen worden ist. [2]) Praktisch hat sie jedoch zu den größten Widersprüchen geführt. Es sind zwei Fälle zu unterscheiden, bei denen das Reichsgericht seine Lehre anwendet: Irrtum über die Rechtswidrigkeit infolge Annahme einer Befugnis (s. Anm.) und Irrtum über die Rechtswidrigkeit infolge

---

[1]) Frank, § 59 II, 1.

[2]) Vgl. z. B. Hälschner, I 264. Anm. 1.

Anmerkung: Ob Bewußtsein der Rechtswidrigkeit zu fordern ist, wird später erörtert werden, hier soll nur die Ansicht des Reichsgerichts im Zusammenhang besprochen werden.

unrichtiger Subsumtion unter ein Tatbestandsmerkmal.

I. Bei irrtümlicher Annahme einer Befugnis will das Reichsgericht unterscheiden, ob dieser Irrtum auf einer Verkennung außerstrafrechtlicher Rechtssätze oder nur des Strafgesetzes beruht. Zur Erläuterung ein paar Beispiele. Als außerstrafrechtlicher Rechtsirrtum wurde es bezeichnet, daß der Angeklagte sich berechtigt hielt, die Vaterschaft eines nicht von ihm erzeugten unehelichen Kindes anzuerkennen, R. G. 21, 411, daß ein als Lehrer tätiger Pfarrer sich ein Züchtigungsrecht zuschrieb, R. E. 33, 71, daß ein Lehrer sich auch zur Züchtigung von Schülern anderer Lehranstalten berechtigt glaubte, R. E. 42, 142. Als Strafrechtsirrtum dagegen wurde es aufgefaßt, daß der Angeklagte geglaubt hatte, einen Knaben, der ihn bestohlen, züchtigen zu dürfen, R. E. 4, 98, daß der Angeklagte glaubte, gegen die zu Unrecht die Wohnung innehabenden bisherigen Mieter Gewalt anwenden zu dürfen, R. E. 19, 298, daß der Angeklagte sich ein unbeschränktes Züchtigungsrecht über sein Kind zugeschrieben hatte, R. E. 41, 98. Hält man diese Entscheidungen, namentlich die verschiedenen Urteile über irrtümliche Annahme eines Züchtigungsrechtes gegen einander, so ist schwer zu sagen, weshalb das eine Mal ein außerstrafrechtlicher, das andere Mal ein strafrechtlicher Irrtum vorliegen soll.[1]) Und das ist natürlich, wenn wir uns folgendes vor Augen halten.

[1]) Vgl. Die Kritik bei **Kohlrausch**, 146, 151.

1. Existiert die Unrechtsausschließungsnorm, über die sich der Täter getäuscht hat, oder eine ähnliche, so hat es keinen Sinn, von ihrer Stellung außerhalb des Strafrechts die Berücksichtigung des Irrtums abhängig zu machen. Das leuchtet ohne weiteres ein, wenn man bedenkt, daß hiernach der Irrtum über die Befugnis zu Notwehr oder Notstand unentschuldbar wäre, dagegen der Irrtum über die Befugnis zu Selbsthilfe nach B.G.B. § 228 oder Nothilfe nach B.G.B. § 904 entschuldbar. Das Haltlose dieser Unterscheidung tritt besonders hervor, da jetzt die Notwehr im B.G.B. in gleicher Weise geregelt ist, wie im Strafrecht.[1])

2. Besteht die betreffende Unrechtsausschließungsnorm oder eine ähnliche nicht, so ist es vielfach ein unmögliches Unternehmen, das Rechtsgebiet zu bestimmen, in welchem die angenommene Norm, falls sie vorhanden wäre, ihren Platz hätte. Das müßte aber die Aufgabe des Reichsgerichts sein, wenn es seine Ansicht streng durchführen wollte. Welchem Gebiet könnte in dem Beispiele, wo der Angeklagte glaubte, zur Züchtigung des Jungen, der ihn bestohlen, befugt zu sein, eine solche Norm angehören? Als Reaktion gegen eine strafbare Handlung könnte sie gewiß in einer Strafprozeßordnung ebensogut stehen, wie in einem Strafrecht. Von solcher willkürlichen Entscheidung aber hängt dann die Berücksichtigung des Irrtums ab.

---

[1]) Vgl. Hippel, 552. Kohlrausch 147.

3. Es ist vielfach überhaupt unmöglich, die irrtümlich angenommene Norm näher zu bezeichnen. Die Angeklagten, die glaubten, gegen ihre widerspenstigen Mieter mit Gewalt vorgehen zu dürfen, können ein allgemeines Recht zur Notwehr oder ein solches zur Selbsthilfe oder eine spezielle aus dem Mietsverhältnis hervorgehende Befugnis angenommen haben. Je nach dem wäre der Irrtum verschieden zu behandeln. Die Auswahl ist nicht gering, wo aber der Maßstab, sie zu treffen? Der rechtsunkundige Täter, der sich zu einer Handlung befugt glaubt, handelt eben nicht auf Grund der Auslegung eines bestimmten Rechtssatzes, sondern in der allgemeinen, nicht näher begründeten Annahme, er dürfe das tun. So kann es nicht Wunder nehmen, daß die Begründungen der einzelnen Entscheidungen des Reichsgerichts, mit einander verglichen, voller Widersprüche sind.

II. Gehen wir zur Besprechung der zweiten Gruppe von Fällen über. Der Täter irrt über die Rechtswidrigkeit infolge unrichtiger Subsumtion unter ein Tatbestandsmerkmal. Da diese Merkmale vielfach rechtlicher Natur sind, scheidet das Reichsgericht hier den Subsumtionsirrtum in einen außerstrafrechtlichen, wenn mit dem betreffenden Rechtsbegriff auf außerstrafrechtliche Rechtssätze verwiesen ist und diese verkannt werden, und in einen strafrechtlichen, wenn der Rechtsbegriff für das Strafrecht in selbständigem Sinne gebraucht ist, und der Täter über dessen Anwendung im vorliegenden Falle,

also nur über das Strafgesetz irrt. So erklärte das Reichsgericht den Vorsatz wegen außerstrafrechtlichen Irrtums für ausgeschlossen bei Irrtum über die Auflösung einer Ehe, § 171 R. E. 9, 84, bei Irrtum über den Begriff Mitglied des landesherrlichen Hauses § 97 R. E., 22, 141, über den Begriff Beamter § 348 R. E. 23, 374. Dagegen erklärte es für belanglosen Strafrechtsirrtum die Verkennung der Begriffe Kaufmann K. O. § 240, R. E. 8, 147, Soldat § 141, R. E. 26, 314, Verschwägerte und Geschwister § 173, R. E. 12, 275, R. 5, 613, Lotterie § 286, R. E. 16, 83. Auch hier zeigt sich sofort Unstimmigkeit. Der Begriff des Beamten ist im Str. G. B. § 359 definiert, trotzdem erklärt das Reichsgericht den Irrtum über ihn für außerstrafrechtlich. Umgekehrt gehören die Begriffe Soldat und Kaufmann zweifellos nicht dem Strafrecht an, trotzdem erklärt das Reichsgericht den Irrtum über sie für strafrechtlich. Auch hier hat sich die praktische Durchführung des theoretischen Prinzips als unmöglich erwiesen, daher diese Widersprüche. Betrachten wir die Gründe hierfür, so müssen wir zwei Einwände wiederholen, die wir schon in ähnlicher Weise gegen die Theorie Liszt's vorgebracht haben.

1. Ob das Gesetz sich eines anderwärts erklärten Ausdrucks bedient oder selbständig einen Begriff aufstellt, kann nicht für die Abgrenzung des Vorsatzes maßgebend sein. So muß man z. B. Kenntnis der Eigenschaft eines Beamten, also eines selbständigen strafrechtlichen Begriffs fordern, wenn es sich um Be-

gehung eines speziellen Beamtenvergehens handelt. Denn gerade in der Nichtbeachtung der mit dieser Eigenschaft verbundenen erhöhten Verantwortlichkeit liegt das Wesen dieser Delikte. Weiß der Täter nicht, daß er Beamter ist, so kennt er gerade ein wesentliches Merkmal seiner Handlung nicht. Andererseits wird man nicht Kenntnis der Eigenschaft eines Soldaten also eines außerstrafrechtlichen Begriffs zu fordern brauchen. Denn wenn der Täter seinem Sohne die Auswanderung ermöglicht, obwohl er weiß, daß dieser zum Militär ausgehoben und nur vorläufig in die Heimat entlassen ist, so kennt er alle für die Strafbarkeit der Handlung wesentlichen Merkmale. Die betreffenden Entscheidungen sind also sachlich zu billigen, widerlegen aber deshalb das an die Spitze gestellte theoretische Prinzip.

2. Auch die Ansicht des Reichsgerichts führt zur ungleichen und unbilligen Behandlung gleicher Fälle. Der Vater, der seinem Sohne zur Auswanderung verhilft, weil er ihn noch nicht für einen Soldaten hält, muß folgerichtig freigesprochen werden. Denn er irrte über den außerstrafrechtlichen Begriff Soldat. Der Vater jedoch, der seinen Sohn zwar schon für einen Soldaten, Beihilfe zur Desertion aber überhaupt nicht für strafbar hält, muß verurteilt werden. Wie will man diese Verschiedenheit rechtfertigen? Beide halten ihre Handlung nicht für strafbar, beide kennen aber alle Momente, um deren Willen sie mit Strafe belegt

ist. Beide müssen daher gleich behandelt werden.[1]) Ferner aber, wenn der Vater im ersten Fall trotz seines Irrtums das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit gehabt hat, so kommt es auch hier das eine Mal zur Freisprechung trotz bewußter Rechtswidrigkeit, das andere Mal zur Verurteilung trotz mangelnden Bewußtseins der Rechtswidrigkeit. Offenbar werden also auch hier Kenntnisse gefordert, die zur Schuld nicht wesentlich sind.

§ 7.

Ergebnis der Untersuchung.

Das Ergebnis der bisherigen Untersuchung über die Frage, welche Kenntnis der Tatumstände zu fordern ist, ist kurz folgendes. Es genügt zum Vorsatz nicht Kenntnis der Tatumstände als eines sinnfälligen Vorganges der Außenwelt, sondern es ist eine gewisse Beurteilung nötig. Aber sowohl der von Liszt in seiner Lehre vom Subsumtionsirrtum wie der vom Reichsgericht gebrauchte Maßstab für diese Beurteilung ergibt keine befriedigende Lösung. Eine solche scheint mir dagegen gegeben, wenn man verlangt: Der Täter muß in der Beurteilung der Tatumstände so weit gekommen sein, daß er die ihre Pflichtwidrigkeit ausmachenden Eigenschaften der Handlung erkannt hat.[2]) Ein Irrtum über diese Eigenschaften schließt den Vorsatz aus. Die geforderte Beurteilung

[1]) Vgl. Kohlrausch, S. 184.

[2]) Vgl. Liepmann, 134; Kohlrausch, 185, Z. 23, 57; Kriegsmann, 15; Köhler, Rechtsirrtum S. 19.

ist dieselbe, in der der Gesetzgeber die Handlung sah, als er sie strafwürdig fand und darum mit Strafe belegte. Denn „eine Handlung, die mit Strafe bedroht ist, muß strafwürdig sein. Anderenfalls hätte es offenbar keinen Sinn, die Strafdrohung aufzustellen. Die Eigenschaften, deretwegen eine Handlung mit Strafe bedroht wird, müssen dieser Handlung also unabhängig von der Tatsache, daß sie unter Strafe gestellt ist, anhaften; sie müssen zeitlich und logisch der Strafdrohung vorhergehen“.[1]) Kenntnis dieser Eigenschaften, die die Handlung strafwürdig machen, muß der Täter haben. Sie verleihen dem betreffenden Gut den Charakter als Schutzobjekt des Strafgesetzes. Dieses Schutzobjekt ist darum auch das Angriffsobjekt, ohne dessen Kenntnis von einem vorsätzlichen Angriff nicht die Rede sein kann. Damit ist natürlich keine Lösung im einzelnen gegeben, sondern nur der Weg für eine solche gewiesen. „Im übrigen kann daher nur eine sorgfältige Analyse des Sinnes des einzelnen Strafgesetzes maßgebend sein.“[2]) Auch die praktische Durchführung dieses theoretischen Prinzips wird vielfache Schwierigkeiten und Meinungsverschiedenheiten zeitigen. Aber eine leichte und zugleich sinngemäße Lösung unseres verwickelten Problems dürfte sich nicht finden lassen. So müssen

---

[1]) Vgl. Kohlrausch. S. 23.

[2]) Hippel. S. 562. Eine solche Einzel-Untersuchung findet sich in der neuerdings erschienenen Abhandlung: die Schutzobjekte der Verbrechen speziell untersucht an den Verbrechen gegen den Einzelnen von M. Hirschberg (Strafr. Abh. H. 113).

wir uns mit einer sinngemäßen Lösung begnügen. Der Weg zu einer solchen aber, glaube ich, ist gewiesen durch Kohlrausch's Forderung, nach dem Schutzobjekt der Strafgesetze zu suchen, das der Strafbarerklärung zeitlich vorhergeht. Dieser Weg allein führt zu einer Lösung unseres Problems nicht nach äußerer Schablone und nach fremden an den Begriff des Vorsatzes herangetragenen Maßstäben, sondern von innen heraus aus dem Wesen des Schuldbegriffs. Den Beweis hierfür wird uns die Untersuchung der Frage bringen, ob Bewußtsein einer Pflichtwidrigkeit zur Schuld gehört.

§ 8.

Bewußtsein einer Pflichtwidrigkeit.

Allgemeines.

Wenn wir die Frage aufwerfen: muß der Täter das Bewußtsein einer Pflichtwidrigkeit gehabt haben, so ist zunächst festzustellen, daß dieses Bewußtsein jedenfalls nicht Merkmal des Vorsatzbegriffs ist. Der Vorsatzbegriff ist „rechtlich farblos und paßt in völlig gleicher Weise auf die rechtmäßige wie auf die rechtswidrige Handlung“.[1]) Nicht nur eine fremde, sondern auch meine eigene Sache kann ich vorsätzlich zertrümmern. Wenn aber Heinemann[2]) daraus folgert, die Frage, ob Bewußtsein einer Pflichtwidrigkeit zu fordern ist, gehöre überhaupt nicht in die Lehre von der Zu-

[1]) Vgl. Liszt, S. 173.
[2]) Heinemann, S. 47.

rechnung, sondern in die Lehre von der Strafbarkeit, so wäre dies nur dann berechtigt, wenn vorher festgestellt ist, daß der Schuldvorwurf sich auf die vorsätzliche oder fahrlässige Herbeiführung eines mißbilligten Erfolges gründet, gleichgültig, ob diese Mißbilligung dem Täter bekannt war oder nicht. Hierauf werden wir also die Untersuchung zu richten haben. Es sei noch bemerkt, daß in dem Gesetz diese Frage nicht geregelt ist. Es geschah dies zwar, weil man der Meinung war, daß der Rechtsirrtum selbstverständlich nicht zu berücksichtigen sei.[1]) Da diese Meinung aber keinen gesetzlichen Ausdruck gefunden hat, so ist sie nicht bindend. Nur wissenschaftliche Gründe haben unsere Frage zu entscheiden.

§ 9.

Zur vorsätzlichen Schuld gehört das Bewußtsein ethischer Pflichtwidrigkeit.

1. Wenn wir von etwas sagen, es sei Schuld, so wollen wir jedenfalls zweierlei damit ausdrücken: einmal daß ein Ereignis ein anderes verursacht hat und dann, daß uns dieses zweite Ereignis mißfällt.[2]) In diesem Sinne gebrauchen wir den Ausdruck schuldsein auch von einem Menschen, und rechnen ihm damit alles zu, für das er durch seine leiblichen Bewegungen mit

[1]) Vgl. Hippel, 478.
[2]) Vgl. Finger, 228.

oder ohne Willen kausal geworden ist. Wir gebrauchen den Ausdruck schuldsein aber noch in einem engeren Sinne, um auszudrücken, daß ein Erfolg auf einen Willen als seine Ursache zurückzuführen ist. In diesem psychischen Sinne können sich schuldig machen alle willensbegabten Wesen, also Mensch wie Tier, wenn ein Erfolg mit ihrem Willen derart in Beziehung steht, daß er vorausgesehen und mit Bewußtsein verwirklicht worden ist. Ist nun in diesem Wollen eines Erfolges der Schuldvorwurf enthalten, auf dem die Verantwortlichkeit des Menschen beruht? Und wenn ja, warum machen wir dann nicht auch die Tiere verantwortlich, die ja ebenfalls einen Willen haben?[1]) Hier zeigt sich, daß in dem Vorsatz als dem Wollen der äußeren Handlung unmöglich die die Verantwortlichkeit begründende Schuld enthalten sein kann. Der Schuldvorwurf, den wir dem Menschen machen, ist ein ganz besonderer und muß darum auf einer ganz besonderen Fähigkeit des Menschen beruhen, die ihn vor allen Wesen auszeichnet. Es ist dies die Fähigkeit zu Abstraktvorstellungen, die das Wesen der menschlichen Vernunft, des vernünftigen Willens, im Gegensatz zum tierischen triebhaften Willen ausmacht. Das Tier vermag nur das in Raum und Zeit Gegenwärtige anzuschauen, nicht aber aus diesem allgemeine Begriffe zu bilden. Es vermag daher auch nur Motiven, die aus dem in Zeit und Raum Gegenwärtigen entspringen, d. h. gegen=

[1]) Vgl. Schopenhauer, S. 410, 411.

ständlichen Motiven zu folgen. Dagegen kann der Mensch den gegenständlichen Motiven abstrakte aus den allgemeinen Begriffen entnommene entgegensetzen.[1]) Auf Grund dieser Fähigkeit treten wir an den Menschen mit Pflichtforderungen heran. Denn Pflichten an einem Menschen stellen, bedeutet nichts anderes, als verlangen, daß er bestimmte abstrakte Vorstellungen, das sind die Pflichtvorstellungen, zu ausschlaggebenden Faktoren seines Handelns mache. Daß er dies nicht getan hat, darauf beruht unser Schuldvorwurf. Daß er es tun konnte, darauf beruht die Verantwortlichkeit. Um aber eine Pflicht zum Motive machen zu können, muß man außer der allgemeinen Fähigkeit, pflichtgemäß zu handeln, Kenntnis der Pflicht oder wenigstens die Möglichkeit ihrer Kenntnis haben. Dies ist unbedingte Voraussetzung der Schuld. Schuld ist also Handeln trotz des Bewußtseins der Pflichtwidrigkeit oder der Möglichkeit dieses Bewußtseins.

Welchen Sinn hat dann aber die Forderung, daß die Handlung gewollt sein muß? Welche Bedeutung kommt dem Vorsatz im Schuldbegriff zu? Die Antwort ist einfach die: Nur der, welcher weiß, was er tut, kann wissen, daß er es nicht tun darf. Erst wenn man die äußere Handlung richtig erkannt hat, kann man auch den mit ihr im Urteil der Menschen verbundenen Wert bezw. Unwert erkennen. Wenn wir also vorsätzliches Handeln fordern, so hat das keine selbständige Bedeutung in dem

[1]) Vgl. Schopenhauer, S. 412 ff.

Sinne, daß der vorsätzlich Handelnde auch schon schuldhaft handelt, sondern es hat nur die Bedeutung, daß ohne Vorsatz kein Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit möglich ist. Vorsatz, das psychische Element, und Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit bezw. dessen Möglichkeit, das normative Element im Schuldbegriff, stehen im gegenseitigen Abhängigkeitsverhältnis derart, daß das zweite nicht möglich ist ohne das erste. Wie wir später sehen werden, sind sie auch noch in anderer Weise von einander abhängig, nämlich so, daß das erste Element nur Sinn hat als Voraussetzung für das zweite.

Jetzt rechtfertigt sich auch die Inhaltsbestimmung, die wir dem Vorsatz gaben. Weil er nur gefordert wird, damit der Täter die Möglichkeit hat, das Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit zu erlangen, so muß der Täter die Tatumstände mit ihren die Pflichtwidrigkeit der Handlung ausmachenden Eigenschaften gekannt haben. Denn ohne Kenntnis dieser Eigenschaften seiner Handlung ist es niemandem möglich, das Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit zu erlangen. Wir sehen: unser Vorsatzbegriff ergibt sich mit Notwendigkeit aus dem allgemeinen Schuldbegriff.

2. Zu demselben Ergebnis kommt Kohlrausch von einem anderen Ausgangspunkt. Kohlrausch [1]) folgert so: Unsere Schuldhaftung unterscheide sich von der ehemaligen Erfolghaftung dadurch, daß der Täter gewußt haben muß, was er tat. Diese Forderung könne man nur aus zwei Gründen aufstellen: einmal, um die soziale Gefährlichkeit des Täters festzustellen; denn nur wenn

[1]) Kohlrausch, S. 32 ff.

der Täter wußte, was er tat, stehe die Tat in einer so festen Verbindung mit der Persönlichkeit des Täters, daß man ihre Wiederholung unter ähnlichen Umständen erwarten könne. Ferner, um festzustellen, ob der Täter wußte, daß er das nicht tun dürfe; denn nur wer weiß, was er tut, könne wissen, daß er das nicht tun dürfe. Da nun die indeterministische Schule nicht allgemein die soziale Gefährlichkeit beurteilen wolle, komme für sie die Forderung vorsätzlichen Handelns nur in dem zweiten Sinne in Betracht, daß sie nämlich feststellen wolle, ob der Täter, welcher wußte, was er tat, auch wußte (richtiger, wissen konnte), daß er das nicht tun durfte. Auf dieser Art der Tatbewertung sei aber unser Str.G.B. aufgebaut. Anders liege es bei der deterministischen Schule, welche die soziale Gefährlichkeit feststellen wolle. Für diese habe die Forderung vorsätzlichen Handelns selbständige Bedeutung, insofern nur der, welcher weiß, was er tut, als sozial gefährlich angesehen werden könne.

In dieser Ausführung von Kohlrausch steckt noch ein Irrtum, auf den Goldschmidt hingewiesen hat. Es hat nämlich „absolut keinen Sinn, als Symptom der sozialen Gefährlichkeit bewußtes Handeln zu fordern, denn daß der bewußt, aber unbewußt pflichtwidrig Handelnde sozial gefährlicher sei, als der unbewußt Handelnde, ist garnicht richtig.“[1]) Mithin

[1]) Vgl. Goldschmidt, G. A. 51, 344. Tatsächlich will die deterministische Schule auch garnicht die soziale Gefährlichkeit, sondern den antisozialen Charakter feststellen. Ein Schuldvorwurf inbezug auf den gesamten Charakter kann aber ebenso wie ein Schuldvorwurf inbezug auf die einzelne Handlung nur bei einer Pflichtverletzung erhoben werden.

bleibt auf die Frage: Warum verlangen wir Vorsatz, unabhängig von der Art der Tatbewertung, nur die eine Antwort: Weil nur der, welcher weiß, was er tut, wissen kann, daß er es nicht tun darf. Bei der Schuldhaftung muß es also offenbar darauf ankommen, festzustellen, ob der Täter wissen konnte, daß er so nicht handeln durfte. Was wir vorhin aus dem Wesen der Schuld abgeleitet hatten, daß nämlich Voraussetzung der Schuld die Möglichkeit der Pflichtvorstellung sei, ergibt sich hier umgekehrt aus dem Erfordernis des Vorsatzes, welches seinerseits einen Sinn nur als Voraussetzung für diese Möglichkeit der Pflichtvorstellung hat.

Im Anschluß hieran sei noch ein weiterer Irrtum Kohlrausch's erörtert, der sich auf die Art der Bemessung der Schuld erstreckt und geeignet ist, das aufgestellte Prinzip unberechtigten Angriffen auszusetzen.[1]) Kohlrausch a. a. O. folgert: Die Schuld ist abhängig von dem Vorhandensein der Pflichtvorstellung; folglich muß die Schwere der Schuld abhängig sein von der Intensität der Pflichtvorstellung. Je stärker die letztere auftritt, desto größer ist, falls jene dennoch von dem Trieb zum Bösen überwunden wird, die Schuld und entsprechend umgekehrt. Fehlt das Pflichtbewußtsein gänzlich, so fehlt auch die Schuld.

Auch hier unterscheidet Kohlrausch nicht zwischen zwei verschiedenen Begriffen: Pflichtvorstellung und Pflichtgefühl. Pflichtvorstellung oder ihre Möglichkeit

[1]) Vgl. z. B. Beling L. v. V. 192.

ist Voraussetzung für die Schuld. Denn wer seine Pflicht nicht kannte und auch nicht kennen konnte, konnte sie auch nicht unter die ihn bestimmenden Motive aufnehmen und konnte ihr nicht folgen. Ist aber die Pflichtvorstellung oder ihre Möglichkeit einmal vorhanden, so ist die Schuld um so schwerer, je schwächer sie als Motiv wirkt, d. h. je schwächer das Pflichtgefühl ist, also am schwersten beim Mangel jedes Pflichtgefühls[1]).

Der Irrtum Kohlrausch's dürfte aber noch einen andern Grund haben. Er folgert nämlich offenbar: Je stärker das Pflichtgefühl, um so leichter konnte der Täter ihm folgen, um so schwerer also seine Schuld, wenn er es dennoch nicht tat. Die Schlechtigkeit des Charakters, die bei geringem Pflichtgefühl zu Tage tritt, komme aber nicht in Betracht, da nach der indeterministischen Tatbewertungsmethode unseres Strafgesetzbuches es nur auf die Schuld der einzelnen Willenshandlung, nicht auf die Schuld des ganzen Charakters ankomme. Dagegen führt Goldschmidt treffend aus:[2]) „Den delinquierenden guten Charakter müßten eben um seiner Güte willen starke Motive bestimmt haben. Habe danach also der gute Charakter stets starke Motive zu überwinden gehabt, so sei er natürlich milder zu bestrafen als der schlechte. Denn das der, welcher starke Motive zu überwinden hatte, schwerer anders handeln konnte als der, den nur schwache Motive trieben, darüber dürfte wohl kein Zweifel sein.“

[1]) Vgl. Goldschmidt, G. A. 51, 342.
[2]) G. A. 51, 346.

Es zeigt sich also, daß auch die Bemessung der Schuld unabhängig ist von der Methode der Tatbewertung. Je schwächer das siegreiche, böse Motiv, desto schwerer ist in jedem Falle die Schuld. Denn, indeterministisch gesprochen, der Täter konnte angesichts der Schwäche des schlechten Motivs leicht anders handeln, deterministisch gesprochen, angesichts der Schwäche des schlechten siegreichen Motivs muß das Pflichtgefühl gering, der Charakter also schlecht sein. Damit haben wir unsern Satz, daß zur Schuld mindestens die Möglichkeit der Pflichtvorstellung gefordert werden muß, und die darauf bauende Bemessung der Schuld unabhängig gestellt von dem Schulgegensatz des Determinismus und Indeterminismus.

3. Schließlich soll uns noch eine praktische Anwendung die Richtigkeit unserer Ansicht bestätigen. Der aufgestellte Schuldbegriff erklärt allein befriedigend, warum wir Unzurechnungsfähige und Kinder nicht verantwortlich machen. Heinemann begründet diese Ausnahme folgendermaßen:[1]) „Allerdings ist es nur die Vorstellung von der Kausalität, welche die strafrechtliche Verantwortlichkeit begründet, aber eben diese ist beim Unzurechnungsfähigen, beim Kinde usw. nicht oder wenigstens nicht in normaler Weise vorhanden. Diesen Personen fehlt gerade die Fähigkeit, sich eine klare, richtige und lückenlose Vorstellung von dem Kausalzusammenhange zwischen den Dingen zu machen, sie

[1]) Vgl. Heinneman, S. 63.

vermögen daher den Erfolg ihres Tuns nicht vorherzusehen und zu begreifen." Das ist eine ganz falsche Voraussetzung. Der Geisteskranke, der ein Haus anzündet, um sich an dem Feuer ein Schauspiel zu machen, das Kind, das aus dem Laden Eßwaren wegnimmt, sie sind sich der Kausalität ihres Tuns sehr genau bewußt. Sie vermögen aber nicht oder wenigstens nicht in vollem Maße die Pflichtwidrigkeit ihrer Handlung zu erkennen. Denn das Organ dieses Vermögens, die Vernunft und damit dieses Vermögen selbst ist dem Unzurechnungsfähigen infolge seiner geistigen Erkrankung abhanden gekommen, und ist beim Kinde noch nicht in ausreichender Weise entwickelt. Darum sind beide nicht verantwortlich.*)

4. Es fragt sich noch, ob neben dem Vorsatz das Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit zu fordern ist, oder ob die Möglichkeit dieses Bewußtseins genügt. Fordert man nur die Möglichkeit dieses Bewußtseins,[1]) so unterscheiden sich vorsätzliche und fahrlässige Schuld nur darin, ob der Täter den Erfolg vorausgesehen hat, oder es zwar nicht getan hat, aber bei pflichtmäßiger Aufmerksamkeit dazu in der Lage gewesen wäre. Da aber das

*) Anmerkung. Der Begriff der Unzurechnungsfähigkeit ist damit allerdings nicht erschöpft. Es gibt Fälle, in denen jemand auch die Pflichtwidrigkeit seines Tuns vollständig erkennt und trotzdem als unzurechnungsfähig bezeichnet werden muß, nämlich beim Handeln unter sog. Zwangsvorstellungen. Jedenfalls kann aber, und darauf allein kommt es an, nicht davon die Rede sein, daß der Unzurechnungsfähige nicht bestraft wird, weil ihm die normale Einsicht in den Kausalverlauf fehlt.

[1]) Vgl. Merkel, 68, Mayer, Rechtsnormen 79 ff.

Wesen der Schuld nicht in der Kenntnis der äußeren Handlung, sondern in der Pflichtwidrigkeit liegt, so müssen sich die beiden Schuldarten durch den Grad der Pflichtwidrigkeit unterscheiden. Nun kann man aber kaum behaupten, daß grundsätzlich fahrlässige Unkenntnis der Pflichtwidrigkeit einer Handlung, die dann noch zum Gebiete des vorsätzlichen Delikts gehörte, schlimmer ist als fahrlässige Unkenntnis ihrer äußeren Folgen. Aber selbst wenn man dieser Ansicht ist, so muß man doch unzweifelhaft zugeben, daß ein größerer Gradunterschied der Pflichtwidrigkeit darin liegt, ob jemand mit vollem Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit gehandelt hat, oder ob er, wenn auch in großer Nachlässigkeit, sein Tun für pflichtmäßig hielt. Ja es gibt „unter dem Gesichtspunkte der Strafwürdigung gar keinen tiefer greifenden Gegensatz als den zwischen bewußter und unbewußter Auflehnung gegen das Recht.[1])“ Deshalb wird es das Richtige sein, neben dem Vorsatz Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit zu fordern.[2]) Bei Möglichkeit dieses Bewußtseins ist dann wegen Fahrlässigkeit zu strafen. Irrtum über die Pflichtwidrigkeit schließt also den schuldhaften Vorsatz aus, die Fahrlässigkeit nur, wenn er entschuldbar ist.

5. Es bleibt noch eine letzte Frage. Muß der Täter sich bewußt sein, rechtlichen Pflichten zuwider zu handeln, oder genügt das Bewußtsein ethischer Pflicht-

[1]) Vgl. Binding, S. 116.

[2]) Vgl. Hippel, S. 501 b, 593. van Calker, 29, 30.

widrigkeit? Die Stellungnahme in dieser Frage hängt davon ab, wie man über das Verhältnis von Recht und Sittlichkeit denkt. Mir scheint die Auffassung richtig, die Jellinek dahin formuliert hat:[1]) „Das Recht ist das ethische Minimum". „Das Mindeste, was die Ethik von den Gesellschaftsmitgliedern fordert, ist die Erhaltung der für wertvoll erachteten Lebensgüter, diese kleinste Forderung der Ethik ist die ganze des Rechts.[2])" Die rechtlichen Pflichten sind mithin auch sittliche, rechtliche Schuld auch sittliche Schuld. Ob die Gesellschaft die sittliche Schuld mit rechtlicher Strafe ahndet, hängt von der Bedeutung ab, die sie der Befolgung der übertretenen Pflicht für ihre Zwecke beimißt, also von dem Gesichtspunkt der Zweckmäßigkeit. An der Verwerflichkeit der Handlung aber ändert die Pönalisierung nichts; sie war vor ihr genau so verwerflich, wie nach ihr. Mithin ist auch die Schuld des Täters genau so groß, wenn er nur weiß, daß seine Handlung sittlich schlecht ist, als wenn er noch das rechtliche Verbot kennt. Es genügt das Bewußtsein ethischer Pflichtwidrigkeit.[3]) Auch praktisch befriedigt diese Forderung, wie namentlich Hippel a. a. O. ausgeführt hat, am meisten. Nun darf aber selbstverständlich das Urteil, ob eine Handlung

---

[1]) Jellinek, S. 45.

[2]) Vgl. Mayer, Schuldhafte Handlung, S. 104.

[3]) So Hälschner, S. 199, 200; Finger 261, 229; Mayer, Schuldhafte Handlung, 114; Kohlrausch 24 ff.; Graf Dohna, G. S. 65, 320; Liepmann, Einleitung S. 134; van Calker 26; Hippel, 593; Basedow, 184.

ethisch verwerflich ist, nicht dem einzelnen überlassen werden. Es gilt einen festen Maßstab zu suchen, und dieser ist gefunden von Merkel[1]) in den „geltenden Werturteilen“, mögen sie Ausdruck erhalten haben in den herrschenden sittlichen Anschauungen oder im Recht. Das Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit kann also „entweder durch das Gefühl, ethischen Pflichten zu widerstreiten, oder durch die Vorstellung, rechtlich Unerlaubtes zu tun, gegeben sein.“[2]) Wer im Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit handelt, sich bewußt in Gegensatz zur Allgemeinheit stellt, muß damit rechnen, daß sie ihn, wenn es ihr notwendig erscheint, in seine Schranken zurückweist. Mag er persönlich anders urteilen, er kennt jedenfalls die Gefahr seines Handelns und trägt darum die Folgen zu Recht.

6. Die Schriftsteller, welche die oben gekennzeichnete Auffassung von Recht und Sittlichkeit nicht teilen, fordern Bewußtsein der Rechtswidrigkeit.[3]) Eine Meinungsverschiedenheit besteht jedoch nicht für diejenigen Delikte, für welche ausdrücklich das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit im Gesetz aufgestellt ist. Bei diesen Delikten kommt das Wort rechtswidrig im Tatbestand in Verbindung mit der subjektiven Tatseite, also mit Vorsatz oder Absicht vor, z. B. in den §§ 242, 249, 253,

---

[1]) Vgl. Merkel, S. 70.

[2]) Vgl. Liepmann, S. 134

[3]) So u. a. Beling 180; Birkmeyer 1056; Olshausen, § 59, Note 30; Mittermaier, S. 12, 42.

263, 364. Hier schließt also ein Irrtum über die Rechtswidrigkeit den schuldhaften Vorsatz aus. Dagegen ist das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit nicht erforderlich, wenn der Tatbestand folgendermaßen aufgebaut ist: Wer rechtswidrig eine bestimmte Handlung begeht, wird bestraft. Anderer Meinung ist Liszt mit folgender Begründung:[1] „überall dort, wo der Gesetzgeber das Merkmal der Rechtswidrigkeit in den Tatbestand eines Verbrechens aufgenommen hat, umfaßt der Vorsatz als die Kenntnis sämtlicher Tatbestandsmerkmale auch das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit". Durch die Aufnahme in einen § wird also nach Liszt die Rechtswidrigkeit regelmäßig Tatbestandsmerkmal. Diese Meinung scheint mir unhaltbar. Denn da die Rechtswidrigkeit bei jedem Verbrechen vorhanden sein muß, so ist das Wort rechtswidrig in jedem Paragraphen, in dem es nicht ausdrücklich steht, hinzuzudenken. Man muß also überall Bewußtsein der Rechtswidrigkeit fordern oder nie. Eine Ausnahme ist nur zulässig in den oben angeführten Fällen, wo das rechtswidrig ausdrücklich mit der subjektiven Tatseite in Verbindung gesetzt ist. Die Hervorhebung der Rechtswidrigkeit in einzelnen Paragraphen ist anders zu erklären. Sie findet sich meist in solchen Fällen, wo die Abgrenzung des rechtmäßigen vom widerrechtlichen Handeln besondere Schwierigkeiten bietet, weil zahlreiche, die Strafbarkeit ausschließende Befugnisse auf außerstrafrechtlichem Gebiete bestehen, und soll hier

[1] Vgl. Liszt, 180; ferner Heinemann, 118.

den Richter anweisen, auf das etwaige Vorhandensein einer solchen Befugnis seine Aufmerksamkeit zu richten.[1]) Freilich ist die Auswahl der Fälle ganz willkürlich zu nennen, ein Grund mehr dagegen, an sie weittragende praktische Folgerungen zu knüpfen.

§ 10.

Die Einwände der Gegner.

Die Ansicht, daß ohne Bewußtsein der Pflichtwidrigkeit bezw. dessen Möglichkeit keine Schuld vorliege und darum auch keine Verurteilung stattfinden dürfe, ist in der Wissenschaft vielfach bekämpft worden und vermag noch schwerer bei den Gesetzgebern Anklang zu finden. Die von gegnerischer Seite vorgebrachten Einwendungen seien daher noch im einzelnen kurz behandelt.

1. Berücksichtigen wir den Mangel der Pflichtvorstellung, so würde nach Heinemanns Ansicht „der vorsichtige, kluge Mann, welcher die Tragweite seiner Handlungen vorher überlegt und nichts tut, ohne sich rasch über den rechtlichen Charakter derselben vergewissert zu haben, in argem Nachteil gegenüber dem Leichtsinnigen, Denkfaulen sein, welcher sich um die Rechtmäßigkeit seines Tuns zu bekümmern, nicht der Mühe für wert erachtet“.[2]) Dieselbe Ansicht findet sich auch in dem Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch ausgesprochen, wo es heißt, „daß das Erfordernis des Be-

[1]) Dieser Ansicht u. a. Kohlrausch, 72; Hugo Meyer, 414.
[2]) Heinemann 55.

wußtseins der Pflichtwidrigkeit eine Privilegierung der unsittlichen und unvorsichtigen Menschen, eine Benachteiligung aller übrigen bedeuten würde".[1])

Dieser Einwand wäre berechtigt, wenn Bestrafung überhaupt nur eintreten sollte bei wirklicher Kenntnis der verletzten Pflichten. Diese Forderung haben wir aber nicht aufgestellt. Vielmehr soll zur Bestrafung wegen Fahrlässigkeit die Möglichkeit der Kenntnis, genauer der unentschuldbare Mangel der Kenntnis genügen. Bei entschuldbarer Pflichtunkenntnis allerdings haben wir die Berechtigung jeder Bestrafung verworfen. Dies ist aber keine Privilegierung des unsittlichen und unvorsichtigen Menschen. Denn ultra posse nemo obligatur. Der Angriff kann sich also nur gegen die Forderung richten, daß bei unentschuldbarer Unkenntnis nur wegen Fahrlässigkeit zu strafen ist. Hier aber ist er unberechtigt. Denn wer mit vollem Bewußtsein das Verbotene tut, ist sicher schuldiger als der, welcher sich, wenn auch noch so nachlässigerweise, einer Pflichtwidrigkeit nicht bewußt ist. Der erste handelt bewußt böse, der letzte immer nur leichtsinnig und unvorsichtig. Grade darin liegt aber der Unterschied zwischen vorsätzlicher und fahrlässiger Schuld. Es kommt also nicht zu einer „ungleichen Behandlung gleich Schuldiger", wie Heinemann meint,[2]) sondern zu einer ungleichen Behandlung verschieden Schuldiger.

---

[1]) Begründung allgemeiner Teil, S. 215, Anm. 7.
[2]) Heinemann 56.

2. Durch die Berücksichtigung der Pflichtunkenntnis sieht Heinemann den unbedingten Schutz illusorisch gemacht, den der Staat durch seine Strafgesetze den Lebensinteressen der Gesellschaft gewährt.[1]) Von diesem unbedingten Schutz kann aber keine Rede sein. Strafen wir doch nur bei Zurechnungsfähigkeit und Vorsatz bezw. Fahrlässigkeit. Ja in manchen Fällen verlangen wir schon heute Bewußtsein der Rechtswidrigkeit. Und das ist auch berechtigt. Denn gerade wegen der hohen Bedeutung der Strafe für den Rechtsgüterschutz dürfen wir von ihr nur zweckmäßigen Gebrauch machen. Zweck der Strafe ist aber, das Pflichtgefühl zu stärken. Sie ist zweckmäßig daher nur, wenn dieses Pflichtgefühl sich als mangelhaft erwiesen hat, und das ist nur dort der Fall, wo der Täter schuldhaft gehandelt hat.

Bei dem Aufhören der Schuld muß die Strafe ihre Grenze finden, „weil der Zweck, der mit ihr erreicht werden soll, im gegebenen Falle wegen Mangel der Voraussetzungen gar nicht erreicht werden kann“.[2])

3. Folgender weitere Einwand wird von Bar erhoben: Wenn der Täter die Pflichtwidrigkeit seiner Handlung nicht kenne, so trage er selbst in den bei weitem meisten Fällen die Schuld daran. Und da nun alle menschliche Erkenntnis im letzten Grunde auf zuverlässigen Präsumtionen beruhe, so müsse präsumiert werden, daß das Individuum bei gehöriger Benutzung

---

[1]) Heinemann S. 56 fg.
[2]) Finger, 232.

der ihm zufließenden Quellen der Erkenntnis seinen Irrtum immer habe vermeiden können. Denn würden wir ernstlich prüfen, wo bei dem Einzelnen die Schuld anfängt, so würden wir die menschliche Justiz zum ewigen Stillschweigen anhalten müssen.[1])

Bar meint also, es sei schwierig, ja unmöglich, in jedem einzelnen Falle festzustellen, ob der Mangel der Pflichtkenntnis verschuldet sei oder nicht. Hierin liegt etwas richtiges. Genau so wie das Urteil, ob im bestimmten Falle die Unkenntnis des Kausalverlaufs fahrlässig ist oder nicht, mitunter Schwierigkeiten macht, wird dies auch bei dem entsprechenden Urteil über die Pflichtunkenntnis eintreten. Aber wie es uns trotzdem möglich ist, im allgemeinen mit ziemlicher Sicherheit fahrlässige und nichtfahrlässige Unkenntnis des Kausalverlaufs zu scheiden, muß es uns auch möglich sein, fahrlässige und nichtfahrlässige Rechtsunkenntnis zu scheiden. Denn beides sind allgemeine Erfahrungsurteile.[2]) Ohne ein gewisses Schematisieren geht es natürlich nicht ab. Man wird z. B. im allgemeinen einfach urteilen: Da ein Mensch in deiner Lage und Bildung diese Pflicht kennt, so ist deine Unkenntnis schuldhaft, während sie es im speziellen Falle vielleicht nicht ist. Aber der nicht ganz zu beseitigende Mangel aller menschlichen Justiz, der sicherlich hierin liegt, darf uns nicht hindern, Besserungen in der Richtung der hier vertretenen Ansicht anzustreben.

[1]) Bar G. S. 38, 259 fg.
[2]) Vgl. Basedow, S. 95 fg.

§ 11.

Der Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch.

Zum Schluß dieser Erörterung wollen wir einen kurzen Blick auf die Stellung werfen, die der Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch zu den besprochenen Fragen einnimmt. Wir finden hier zunächst im § 59 eine positive Definition des Vorsatzes, durch die die Bestimmung des § 59 unseres Strafgesetzbuches über Tatirrtum überflüssig gemacht wird. Die Definition lautet: Vorsätzlich handelt, wer die Tat mit Wissen und Willen ausführt. Damit ist in Übereinstimmung mit der heute, ausgenommen Liszt, allgemein vertretenen Meinung zum Ausdruck gebracht, daß der Vorsatz sich auf die gesamte äußere Tatseite, aus der das Verbrechen besteht, zu erstrecken hat. Zu erwägen bliebe, ob diese Meinung nicht deutlicher zum Ausdruck kommt, wenn man im Anschluß an den schweizerischen Entwurf definierte: Die Tat, in der das Verbrechen besteht.[1]) Dadurch würde jedem Zweifel, ob auch die negativen Tatumstände zur Tat zu rechnen sind, die Spitze abgebrochen.

Wenig erfreulich ist die Regelung, die der Rechtsirrtum in § 61 gefunden hat. Der Entwurf macht sich hier die Unterscheidung des Reichsgerichts zwischen außerstrafrechtlichem und strafrechtlichem Irrtum zu eigen

[1]) Vgl. Begründung Allgemeiner Teil, S. 203.

und bestimmt, daß der erste den Vorsatz ausschließe, nicht dagegen der letzte; doch könne in diesem Fall Strafminderung nach den Grundsätzen des Versuchs, also in besonders leichten Fällen auch Freisprechung, eintreten, § 76, 83. Daß die von der Wissenschaft fast einmütig verworfene Praxis des Reichsgerichts nunmehr Gesetz werden soll, muß entschieden abgelehnt werden. Es ist so vieles und so treffendes gegen diese Praxis gesagt worden, daß man sich über den Versuch wundern muß, sie gesetzlich festzulegen.[1]) Noch wunderbarer aber ist die Begründung, daß es an der Möglichkeit einer besseren grundsätzlichen Lösung mangele.[2]) Im einzelnen wäre folgendes zu sagen: In der Lehre des Reichsgerichts vom außerstrafrechtlichen Irrtum sind, wie oben ausgeführt, zwei Fälle zu unterscheiden. Einmal kann der außerstrafrechtliche Irrtum zu einem Subsumtionsirrtum und infolgedessen zu einem Irrtum über die Rechtswidrigkeit führen; dann kann aber dieser Irrtum auch unmittelbar zu einem Irrtum über das Verbotensein der richtig subsumierten Tatsachen führen infolge Annahme einer auf außerstrafrechtlichem Gebiete bestehenden Befugnis. Die beiden Fälle sind trotz ihrer grundsätzlichen Verschiedenheit hier nicht auseinander gehalten. Was zunächst den Subsumtionsirrtum anlangt, also die Frage, in welcher Beurteilung der Täter die Tatsachen

[1]) Vgl. auch Köhler, Studien zum Vorentwurf, S. 24, Nr. 16.

[2]) Vgl. Begründung, Allgem. Teil, S. 218.

gesehen haben muß, so empfiehlt sich eine gesetzliche Regelung hier überhaupt nicht. Diese Frage ist noch viel zu ungeklärt und muß daher zunächst der Wissenschaft überlassen bleiben.[1]) Irrt aber der Täter über die Rechtswidrigkeit trotz richtiger Subsumtion, so darf nicht unterschieden werden, je nachdem er eine außerstrafrechtliche Befugnis angenommen oder nur über Vorhandensein bezw. Tragweite des Strafgesetzes selbst geirrt hat. Die Unmöglichkeit und darum Willkürlichkeit einer solchen Unterscheidung ist genügend gezeigt worden. Diese Fälle müssen unter allen Umständen gleichbehandelt werden. § 61, Abs. 1, sollte also überhaupt gestrichen werden, und dafür eine einheitliche Regelung des Rechtsirrtums, der kein Subsumtionsirrtum ist, stattfinden. Für diese Regelung bietet nun § 61, Abs. 2 m. E. eine annehmbare Grundlage. Zwar ist davon ausgegangen, daß Bewußtsein der Rechtswidrigkeit bezw. Pflichtwidrigkeit oder die Möglichkeit dieses Bewußtseins zur Schuld nicht gehört,[2]) aber die Härte dieses Grundsatzes ist praktisch durch die dem Richter gewährte Befugnis der Strafmilderung evtl. sogar Freisprechung wesentlich abgeschwächt. Will man auf diesem prinzipiellen Standpunkt beharren, so kann man doch unbedenklich noch einige Zugeständnisse machen.

§ 61, Abs. 2 stellt es dem Richter frei, bei Rechtsirrtum die Strafe nach den Vorschriften über den Versuch

[1]) Vgl. Hippel, S. 562, Anm. 1.
[2]) Vgl. Begründung Allgem. Teil, S. 260.

zu bemessen. Danach hat also der Richter nach seinem Ermessen erstens die Möglichkeit, die ordentliche Strafe zu verhängen, zweitens die Möglichkeit der Strafmilderung, und in besonders leichten Fällen, über deren Vorliegen ebenfalls der Richter befindet, drittens noch die Möglichkeit der Freisprechung. Ist das nicht ein Abdanken des Gesetzgebers zu Gunsten des Richters, ist das nicht der Notbehelf, der in der Begründung ausdrücklich abgelehnt wird, da er zur Ungleichmäßigkeit der Rechtsanwendung führen würde?[1]) Ja angesichts des Umstandes, daß der Irrtum über die Rechtswidrigkeit bis jetzt nicht berücksichtigt worden ist, daß auch die Begründung grundsätzlich auf diesem Standpunkt steht, würde diese Ungleichmäßigkeit der Rechtsprechung wenigstens für die erste Zeit mit Sicherheit zu erwarten sein. Deshalb empfiehlt es sich, die Anwendung der Versuchsvorschriften bestimmt vorzuschreiben. Dadurch würde eine schwankende Rechtsprechung vermieden, was schon an sich von Vorteil ist; dann aber ist dies auch vom Standpunkt des Gesetzgebers aus kein großes Zugeständnis. Denn stellt er es einmal in das Ermessen des Richters, bei Irrtum über die Rechtswidrigkeit die Strafe zu mildern, bezw. freizusprechen, so kann er es doch nicht verhindern, daß sich in der Praxis der feste Satz bildet, diese Milderung bezw. Freisprechung ständig eintreten zu lassen, was bei dem Fortschreiten des Ge-

[1]) Vgl Begründung, Allgem. Teil S. 218, ferner Köhler, Studien zum Vorentwurf, S. 24, Nr. 16.

dankens der reinen Schuldhaftung sicher nach einiger Zeit der Fall wäre. Warum also nicht bald diesen Satz aussprechen?

Schreibt man aber die Anwendung der Versuchsvorschriften für die Bestrafung vor, so kann man unbedenklich noch ein weiteres Zugeständnis machen, indem man diese Strafe als allgemeine Fahrlässigkeitsstrafe kennzeichnet. Die Begründung ist hier nicht klar. Einmal spricht sie davon, unannehmbar sei die Forderung, „daß der Irrtum über das Erlaubtsein der Handlung den Dolus und damit die Strafbarkeit allgemein ausschließen müsse". Dann wieder stellt sie den Grundsatz auf, „daß der Irrtum über die Rechtswidrigkeit unentschuldbar ist."[1]) Hier werden verschiedene Möglichkeiten nicht auseinandergehalten. Die erste besteht darin, daß man den Schuldhaftungsgedanken rein durchführt. Dann sagt man: Der Irrtum über die Rechtswidrigkeit schließt den Vorsatz aus, die Fahrlässigkeit, soweit er entschuldbar ist. Die zweite Möglichkeit besteht darin, daß man sagt, Schuld sei die auf den Willen zurückführbare Ausführung einer rechtswidrigen Handlung, nicht gehöre zur Schuld Bewußtsein der Rechtswidrigkeit oder Möglichkeit dieses Bewußtseins. Auf diesen Standpunkt hat sich der Entwurf gestellt. Es besteht aber noch eine dritte Möglichkeit. Dann sagt man: Der Irrtum über die Rechtswidrigkeit schließt zwar den Vorsatz aus, nie aber die Fahrlässigkeit, weil der Staat

[1]) Vgl. Begründung, Allg. Teil, 216.

davon ausgeht, daß Unkenntnis seiner Gesetze stets ein Verschulden ist. Dann kommt man ohne Prüfung der konkreten Fahrlässigkeit zu einer allgemeinen Fahrlässigkeitsstrafe, wenn ein Delikt vorsätzlich, aber ohne das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit ausgeführt ist. Lehnt man den ersten Standpunkt ab, so kommt m. E. nur noch der dritte in Betracht. Denn nach dem zweiten Standpunkt straft man als vorsätzlichen Rechtsbrecher einmal den, der sich bewußt gegen das Recht auflehnt, dann den, der unbewußt, aber in schuldhafter Unkenntnis der Gesetze, gegen das Recht handelt, und schließlich auch den, der unbewußt, und ohne schuldhafte Unkenntnis der Gesetze, rechtswidrig handelt. Das ist einfach ein Unding. Anders der dritte Standpunkt. Dieser straft als vorsätzliche Schuld nur die bewußte Auflehnung gegen das Recht, als fahrlässige Schuld aber jedes unbewußt rechtswidrige Handeln, ohne zu untersuchen, ob die Rechtsunkenntnis im einzelnen Falle schuldhaft oder nicht schuldhaft ist. Diese Ansicht läßt sich verteidigen. Denn man braucht einer allgemeinen rechtspolitischen Erwägung die Berechtigung nicht ganz abzusprechen. Es ist nämlich vielleicht zweckmäßig, im Prinzip zu betonen, daß die Gesetze unbedingt verbindliche Kraft haben, ihre Unkenntnis daher nicht jede Schuld ausschließt. M. E. ist zwar dieser Grund nicht durchschlagend, aber eine allgemeine Fahrlässigkeitsstrafe unter Anwendung des Versuchsstrafrahmens mit der Möglichkeit einer Freisprechung in

besonders leichten Fällen dürfte die mittlere Linie darstellen, auf der eine praktische Einigung wohl zu erzielen ist.[1]) In ausführlicher Formulierung würde § 61 dann etwa folgendermaßen lauten: Hält der Täter die Handlung nur deshalb für erlaubt, weil er über Vorhandensein oder Tragweite des Strafgesetzes irrt, so ist er nach Maßgabe der Vorschriften über den Versuch wegen Fahrlässigkeit zu bestrafen auch bei solchen strafbaren Handlungen, deren fahrlässige Begehung sonst nicht unter Strafe gestellt ist.

§ 12.

Unkenntnis des Vorliegens straferhöhender, strafmindernder, strafausschließender, strafaufhebender Umstände.

Außer der Kenntnis der Tatumstände, welche zum gesetzlichen Tatbestande gehören, fordert § 59 zum Vorsatz auch Kenntnis der Tatumstände, welche die Strafbarkeit erhöhen. Hiermit sind nicht etwa die Tatsachen gemeint, welche den Richter veranlassen, innerhalb des Strafrahmens eine hohe Strafe zuzumessen, sondern die Umstände, welche zur Aufstellung eines besonderen, geschärften Strafrahmens geführt haben, also z. B. der Umstand, daß der Erschlagene Ascendent des Schuldigen ist § 215. Diese Umstände muß der Täter kennen;

[1]) Weitergehend die Forderung von Köhler a. a. O.

andernfalls sind sie ihm nicht zuzurechnen, und es tritt Bestrafung nach dem einfachen, ungeschärften Strafrahmen ein, in unserm Beispiel nach § 212.

Es fragt sich, ob der Täter auch die strafmindernden Umstände kennen muß, damit sie ihm zugerechnet werden. Nach dem Gesetz ist Kenntnis der Tatumstände erforderlich, welche zum gesetzlichen Tatbestande gehören, und zum gesetzlichen Tatbestande des einzelnen Vergehens gehören zweifellos auch die strafmindernden Umstände, ebenso wie die straferhöhenden. Nun stellt aber § 59 die straferhöhenden Umstände ausdrücklich den Umständen des gesetzlichen Tatbestandes gegenüber; daraus könnte man folgern, daß unter gesetzlichem Tatbestand nur der Tatbestand des Gattungsverbrechens zu verstehen ist, und da entgegen den straferhöhenden Umständen die strafmindernden nicht erwähnt sind, ihre Kenntnis zur Zurechnung nicht erforderlich ist.[1] Dagegen läßt sich einwenden: die Hervorhebung der straferhöhenden Umstände ist wohl hauptsächlich geschehen, um jeden Zweifel darüber auszuschließen, daß auch sie nur bei Kenntnis zuzurechnen sind, nicht um die Kenntnis der strafmindernden Umstände vom Vorsatz auszuschließen. Das Gesetz, das den Vorsatz ja nicht erschöpfend regeln wollte, schweigt also über unsere Frage, und wir haben sie deshalb nach rein sachlichen Gesichtspunkten zu entscheiden. Und da ist zu sagen: Es wird darauf ankommen, ob der Milderungsgrund auf dem objektiven

---

[1]) So Oetker 88, Liszt 174, 3, Olshausen, § 59, Note 24.

Vorhandensein des betreffenden Tatumstandes oder nur auf dem Wissen des Täters von diesem Vorhandensein beruht. Im ersten Falle ist er zuzurechnen, gleichgiltig, ob der Täter ihn kannte oder nicht. Im letzten Falle wird mit der mangelnden Kenntnis des Täters von seinem Vorhandensein auch die Berechtigung seiner Zurechnung hinfällig.[1]) Dieser Unterschied wird an folgenden Beispielen deutlich: Meineid wird nach § 157 Abs. 1 milder bestraft, wenn die Angabe der Wahrheit eine strafrechtliche Verfolgung gegen den Zeugen selbst nach sich ziehen konnte. Der Grund ist offenbar, daß die Furcht vor Entdeckung im Falle der Zeugnisverweigerung und die dadurch drohende Strafe ein starkes und menschlich verzeihliches Motiv zu dem begangenen Verbrechen bildete, und daß darum das Unterliegen des Pflichtgefühls dem Täter nicht zu so schwerer Schuld anzurechnen ist. Von dieser Entschuldigung kann aber gar keine Rede mehr sein, wenn der Täter die Gefahr strafgerichtlicher Verfolgung garnicht kannte, und die Anwendung des § 157 Abs. 1 wäre darum ein unberechtigtes Geschenk an den Verbrecher. Anders ist es bei der Strafmilderung, die infolge jugendlichen Alters eintritt nach § 57. Diese Milderung hat ihren Grund in der noch unvollständigen Charakterbildung des Täters, also in einem objektiven Umstande, der von dem Wissen des Täters um sein Alter unabhängig ist. Er ist darum

---

[1]) So Hälschner, 272, 273; Binding, 110c.

auch ohne Rücksicht auf dieses Wissen zur Anwendung zu bringen.

Derselbe Grundsatz, den wir für die strafmildernden Umstände aufgestellt haben, gilt für die strafausschließenden Umstände.[1]) So muß der Täter wissen, daß der von ihm Begünstigte ein Angehöriger ist; denn nur durch das Wissen dieses Umstandes ist seine Tat zu entschuldigen. Dagegen braucht der Täter nicht zu wissen, daß der Bestohlene sein Descendent ist. Denn die Straflosigkeit des Diebstahls in diesem Falle hat ihren Grund darin, daß bei Bestehen dieses Verwandtschaftsverhältnisses der Staat die Verfolgung nicht für angemessen erachtet, und dieser Grund besteht unabhängig von dem Wissen des Täters um dieses Verhältnis. Wo Zweifel bestehen, in welchem Sinne der Milderungsgrund aufzufassen ist, muß er angewendet werden, entsprechend dem Satze: in dubio benignius.

Die sogenannten strafaufhebenden Umstände wie Verjährung, tätige Reue sind objektiver Natur und greifen daher ohne Rücksicht auf die Kenntnis des Täters Platz.[2])

§ 13.

Irrtum über den Kausalverlauf.

Es bleibt uns noch übrig, einige zweifelhafte Fälle im Gebiete des Vorsatzes zu entscheiden. Hierher gehört

---

[1]) So Hälschner a. a. O., der aber irrtümlich Straf- und Schuldausschließungsgründe nicht auseinanderhält, vgl. S. 272, Anm. 2. Bei irriger Nichtannahme eines Schuldausschließungsgrundes liegt Putativdelikt vor.

[2]) Vgl. Olshausen, § 59, Note 24.

zunächst die Frage: Hat sich der Vorsatz nur auf den Erfolg der Handlung oder auch auf die einzelnen Glieder der Kausalkette zu erstrecken? Diese Frage ist wichtig für den Fall, daß der gewollte Erfolg zwar als Wirkung der Tat, aber auf andere Weise, als der Täter sich vorgestellt hat, eingetreten ist. Bejaht man obige Frage, so ist hier trotz Herbeiführung des gewollten Erfolges der Vorsatz ausgeschlossen, weil der wirklich eingetretene Kausalverlauf von dem vorgestellten abweicht. Verneint man sie dagegen, so ist auch hier Vorsatz gegeben. In dieses Problem gehört auch der Spezialfall des sogenannten Weber'schen Dolus generalis. Dieser liegt vor, wenn der Erfolg durch die vorsätzliche Handlung des Täters noch nicht eingetreten ist, wie dieser irrig annimmt, sondern erst durch weitere nichtvorsätzliche Handlungen des Täters selbst herbeigeführt wird. Man denke an das bekannte Beispiel, daß der Täter sein Opfer erschlagen glaubt und es nun in den Fluß wirft, um die Spuren seiner Taten zu verwischen. In Wahrheit aber lebte es noch und hat den Tod erst durch Ertrinken gefunden. Sehen wir zunächst von diesem Spezialfall ab und betrachten die grundsätzlichen Lösungen, die man versucht hat.

1. Liszt sagt:[1]) „Ein Irrtum des Täters über Verlauf und Erfolg seiner Willensbetätigung schließt die Zurechnung zum Vorsatz nur dann aus, wenn der Irrtum ein wesentlicher ist. Wesentlich ist aber der Irrtum,

[1]) Vgl. S. 176.

wenn den Täter die Erkenntnis seines Irrtums, die Voraussicht des tatsächlichen Verlaufs, von der Begehung der Tat abgehalten haben würde."

„Diese Fassung suche den Begriff des eventuellen Dolus zu verwerten." Dieser liegt bekanntlich bei Vorstellung der Möglichkeit des Erfolges dann vor, wenn auch die Überzeugung von seinem sicheren Eintritte den Täter von der Begehung der Handlung nicht abgehalten hätte. In diesem Falle ist auch der nur als möglich vorgestellte Erfolg als gewollt anzusehen. Ebenso soll nach Liszt der Kausalverlauf dem Täter zugerechnet werden, wenn er auch bei Kenntnis dieses Verlaufs die Tat begangen hätte. Zunächst sind diese beiden Fälle nicht gleich. Beim Dolus eventualis hat der Täter sich den Erfolg als möglich vorgestellt, und es wird nun festgestellt, welchen Einfluß diese vorhandene Vorstellung auf ihn ausgeübt hat, ob er nämlich die Möglichkeit des Eintritts verneint hat — dann ist Vorsatz ausgeschlossen — oder ob er sie mit in Kauf genommen hat — dann ist eben Dolus eventualis gegeben. Anders im zweiten Falle. Hier hat der Täter sich den eingetretenen Kausalverlauf überhaupt nicht vorgestellt, und die Frage, wie er sich bei Vorhandensein dieser Vorstellung verhalten hätte, ist daher „rein hypothetischer Natur."[1]) Wie sich der Täter in andrer Lage benommen hätte, kann nicht von Einfluß sein auf die Beurteilung der tatsächlichen Lage. Vor allem aber handelt es sich

[1]) Vgl. Hippel, S. 543.

um eine Petitio prinzipii. Liszt erklärt: Hätte der Täter auch bei Voraussicht des Kausalverlaufs die Tat begangen, so ist der Irrtum über den Kausalverlauf unwesentlich. Hier liegt, was besonders der Hinweis auf den Dolus eventualis verrät, offenbar der Gedanke zu Grunde, daß in diesem Falle der Kausalverlauf als gewollt anzusehen und darum auch der Erfolg zuzurechnen ist. Nun soll ja aber gerade erst festgestellt werden, ob der Kausalverlauf überhaupt für die Zurechnung des Erfolges gewollt sein muß und nicht bloß der letztere. Liszt geht also entgegen dem, was er ausdrücklich sagt, unbewußt von der unbewiesenen allgemeinen Voraussetzung aus, daß auch der Kausalverlauf gewollt sein muß, und stellt dann eine ganz unzulässige Hypothese darüber auf, wann der nichtgekannte Kausalverlauf als gewollt zu betrachten ist. Durch folgenden Hinweis hat Hippel diese Irrtumslehre auch praktisch ad absurdum geführt.[1]) Wenn der Kausalverlauf, dessen Kenntnis den Täter von der Handlung abgehalten hätte, den Vorsatz ausschließt, so dürfte man den Versuch nicht bestrafen. Denn die Voraussicht des Mißlingens der Tat hätte den Täter sicher abgehalten.

2. Frank geht von dem Gebiet der Fahrlässigkeit aus.[2]) „Gehört zu ihr Unvorsichtigkeit hinsichtlich des Erfolges, so kann sich die Haftung nicht weiter erstrecken, als der Erfolg vorhersehbar war." Dasselbe müsse aber für den Vorsatz gelten, denn „haftet der Täter für einen

[1]) Vgl. Hippel, S. 543, Anm. 2.
[2]) Vgl. z. Folgendem § 59, Note 7.

Umstand nicht einmal unter dem Gesichtspunkte der Fahrlässigkeit, so kann er noch viel weniger unter dem Gesichtspunkte des Vorsatzes haften". M. E. ist Frank so zu verstehen: Bei der Fahrlässigkeit müsse der Erfolg vorhersehbar sein, d. h. der Erfolg in der Weise, wie er eingetreten sei, also auch der tatsächliche Kausalverlauf. Das sei z. B. nicht der Fall, wenn der fahrlässig Vergiftete infolge übermäßiger Brechmittel stirbt. Denn wenn der Täter gewußt hätte, daß er dem andern Gift beibrachte, so hätte er zwar vorhersehen können, daß dieser durch das Gift selbst den Tod finden könne, nicht aber, daß er infolge übermäßiger Brechmittel sterben werde. Auch Frank geht hier von einer Petitio principii aus. Für die Fahrlässigkeit steht es nur fest, daß für den Täter der Erfolg voraussehbar sein muß; ob der Kausalverlauf voraussehbar sein muß, ist dagegen hier ebenso zweifelhaft, wie für den Vorsatz die Frage, ob der Täter den Kausalverlauf vorausgesehen haben muß. Abgesehen davon scheint mir aber auch die Forderung, der Kausalverlauf müsse bei Vorsatz wie Fahrlässigkeit mindestens vorhersehbar sein, die Grenzen noch zu eng zu ziehen. Denn wenn in obigem Beispiel die beigebrachte Giftmenge so stark war, daß ohne Anwendung der Brechmittel Rettung überhaupt ausgeschlossen war, und diese zwar anschlugen, aber ihrerseits nun den Tod brachten, so ist nicht einzusehen, warum der Täter nicht auch für den Tod haftbar gemacht werden soll. Deshalb ist auch Frank's Lösung nicht befriedigend.

3. „Vorsatz und Fahrlässigkeit sind nicht auf den in concreto eingetretenen Kausalverlauf zu beziehen; ist aber die Abweichung des Kausalverlaufs für verständiges objektives Urteil eine völlig exceptionelle, so fehlt hier adäquate Verursachung und ist deshalb die strafrechtliche Verantwortlichkeit ausgeschlossen."[1]) So formuliert Hippel seine Ansicht, und hiermit scheint mir das Richtige getroffen. Daß der Kausalverlauf grundsätzlich nicht bekannt zu sein braucht, folgt aus dem aufgestellten Vorsatzbegriff und entspricht auch der Gerechtigkeit, ebenso wie die Nichtzurechnung eines exceptionellen Kausalverlaufs. Die theoretische Begründung dieser Ausnahme gibt uns die Lehre von der adäquaten Verursachung. Aber auch für diejenigen, die nicht Anhänger dieser Lehre sind, dürfte die so gefundene Lösung praktisch befriedigend sein.[2])

Wenden wir diese Lösung auf die Fälle des Dolus generalis an, so ergibt sich Folgendes: Hat der Täter in dem bekannten Beispiel den Entschluß, sein Opfer ins Wasser zu werfen, erst gefaßt, nachdem er es tot wähnte, so liegt kein einheitliches doloses Delikt vor. Denn durch diesen Entschluß wird eine ganz neue exceptionelle Kausalreihe eingeführt. Als der Täter den Angegriffenen vorsätzlich verletzte, lag es in diesem Falle noch außerhalb jeder menschlichen Voraussicht,

---

[1]) Vg.l Hippel, S. 546.

[2]) Vgl. die bei Hippel S. 572 Anm. 1 angeführten Entscheidungen des R. G.

daß er ihn nachher ins Wasser werfen würde. Die zweite Handlung und somit auch der durch sie herbeigeführte Tod ist keine adäquate Folge der ersten, sondern ein neues zufälliges Ereignis. Dies wird ganz deutlich, wenn ein anderer als der Täter den angeblichen Leichnam ins Wasser wirft. Tut der Täter es selbst, so ändert sich nichts, weil auch hier eine neue Willensbetätigung einsetzt, welcher der Vorsatz gegenüber dem durch die Handlung herbeigeführten Erfolg fehlt. Anders liegt die Sache, wenn der Täter bereits vor dem Angriff die Absicht hatte, sein Opfer ins Wasser zu werfen. Unter Zugrundelegung dieser Absicht ist es für den einsichtigen Menschen, mit dem die adäquate Verursachung rechnet, sehr wohl vorauszusehen, daß der Tod vielleicht erst durch Ertrinken eintreten wird. Denn selbst wenn der Mörder schon vorher sein Opfer töten wollte, so wird er doch oft nicht mit unbedingter Sicherheit feststellen können, ob in dem Verletzten noch Leben ist. Darum ist hier die adäquate Verursachung zu bejahen. Die beiden einzelnen Handlungen bilden eine einheitliche Willensbetätigung, für deren Beurteilung es gleichgiltig ist, ob der Erfolg durch die erste oder durch die zweite Handlung herbeigeführt ist. Ich würde im ersten Falle versuchtes vorsätzliches eventuell in Konkurrenz mit fahrlässigem Delikt, im zweiten Falle dagegen vollendetes vorsätzliches Verbrechen annehmen. Zu demselben Ergebnis kommt Finger,[1]) ferner Bar für

[1]) Vgl. S. 263, 264.

den Fall, daß „der Handelnde von vornherein auch die zweite Tätigkeit plante, und diese ihrer Natur nach den Erfolg mit größter Wahrscheinlichkeit herbeizuführen geeignet war, und zugleich der Schuldige einsah, daß beide Tätigkeiten auf denselben von ihm erstrebten Erfolg hinauslaufen würden.“[1]) Bar macht also die Annahme eines vollendeten vorsätzlichen Delikts davon abhängig, daß der Täter die eventuelle Eignung der zweiten Tätigkeit für den erstrebten Erfolg erkannte. Diese Einschränkung ist abzulehnen. Denn wenn der Täter bei Vornahme der zweiten Handlung an die Sicherung des Erfolges dachte, so ist auch für diese Handlung mindestens dolus eventualis gegeben, kommt also unsere Streitfrage gar nicht inbetracht.[2]) Dachte er aber nicht mehr daran, weil er den Erfolg bestimmt eingetreten glaubte, so ist nicht ersichtlich, welche Bedeutung es haben soll, daß er vor Begehung der ersten Handlung an diese Möglichkeit gedacht hatte. Das ist eben das besondere Merkmal unserer Fälle, daß der Vorsatz bezüglich des tatsächlichen Kausalverlaufs fehlt. Auf diesen Vorsatz aber kommt es auch nicht an, es genügt Kausalzusammenhang, sodaß nicht die individuelle Einsicht des Schuldigen in den Kausalverlauf, sondern die allgemeine Möglichkeit seiner Voraussicht zur Zurechnung des vorsätzlich erstrebten Erfolges führt.

[1]) Vgl. Gesetz und Schuld II, S. 359.

[2]) Anmerkung: Wenigstens für die herrschende Meinung, anders für Bar, der den dolus eventualis nicht anerkennt.

§ 14.

Verwechslung und Abirrung.

Zwei weitere zweifelhafte Fälle im Gebiete des Vorsatzes sind die bekannten Beispiele des error in objecto und der aberratio ictus. Beim error in objecto trifft der Täter zwar das vorgestellte Objekt, aber dieses ist seinen individuellen Eigenschaften nach nicht dasselbe, das der Täter treffen wollte, sondern nur in seinen allgemeinen Gattungsmerkmalen. Also z. B., A will den B töten, hält in der Dunkelheit den des Weges kommenden C für B und tötet ihn. Die Beurteilung hat von folgender Erwägung auszugehen. Zum Vorsatz gehört Kenntnis der Deliktsmerkmale, nichts weiter; diese ist hier vorhanden. Denn A hat den daherkommenden C richtig als Menschen erkannt und hat diesen Menschen, den er vor sich sah, töten wollen. Allerdings dachte er dabei an eine andere Individualität. Nun spricht § 211 aber nur von der vorsätzlichen Tötung eines Menschen schlechthin, nicht eines Menschen mit den vorgestellten individuellen Eigenschaften. Vorstellung und Erfolg stimmen also überein, soweit sie für das Recht inbetracht kommen. Es ist wegen vollendeten vorsätzlichen Delikts zu strafen.[1]) Das Ergebnis rechtfertigt sich auch durch folgende Er-

[1]) Auf diesem Standpunkte steht heute die allgemeine Meinung, anderer Ansicht ist nur Liszt, S. 177, 3 unter Anwendung seiner oben abgelehnten Theorie vom Irrtum über den Kausalverlauf.

wägung, die Vorstellung, daß der daher kommende C der B sei, war für A die Veranlassung, ihn zu töten. Es handelt sich also in Wahrheit um einen Irrtum im Motive. Wollten wir diesen aber berücksichtigen, so kämen wir zu unmöglichen Ergebnissen. So könnte der Raubmörder sagen: die Vorstellung bei dem Gemordeten Geld zu finden, war für mich die Veranlassung zur Tat. Diese Vorstellung war irrig. Also habe ich nicht den getötet, den ich wollte, nämlich den Menschen, den ich im Besitze von Geld glaubte, sondern einen anderen, der keins besaß. Der Irrtum im Motive kann für die Rechtsordnung nur soweit inbetracht kommen, als er sich auf juristisch bedeutsame Eigenschaften der Objekte bezieht. So könnte A, wenn C sein Vater war, nicht wegen Ascendententotschlags, sondern nur wegen einfachen Totschlags verurteilt werden.

Anders liegt die Sache bei der aberratio ictus. Hier richtet der Handelnde, ohne sich zu irren, seine Tätigkeit richtig gegen das Objekt, das er treffen will, aber infolge unvorhergesehener äußerer Umstände tritt die Wirkung seiner Tätigkeit an einem andern gleichartigen Objekt ein. A schießt auf B, verfehlt ihn aber und trifft den C. Hier hat A das vorgestellte Objekt nicht getroffen, sondern ein anderes nicht vorgestelltes. Bezüglich des ersten liegt daher nur Versuch, bezüglich des zweiten eventuell fahrlässiges Delikt vor.[1]) Man kann nicht sagen, A wollte einen Menschen töten und

[1]) So die herrschende Meinung. Vgl. Hippel, S. 544, Note 3.

hat es getan. Denn der Tötungsvorsatz muß sich jedenfalls auf ein bestimmtes Objekt der Gattung Mensch richten. Nur gegenüber einem solchen kann man die Vorstellung des Erfolges haben und sie verwirklichen wollen. Tritt der Erfolg an einem anderen Objekt ein, so fehlt diese Vorstellung und damit der Vorsatz. Mit Recht hat Kohlrausch[1]) zur Begründung dieses Ergebnisses darauf hingewiesen, daß den meisten fahrlässig oder unbewußt herbeigeführten Erfolgen eine Abirrung zu Grunde liegt. Der Schütze, der die Scheibe fehlt und einen Menschen trifft, hat eine Abirrung begangen. Denn er hat einen anderen Erfolg erstrebt, als den tatsächlich eingetretenen. Der Unterschied dieses Beispiels von den eigentlichen Schulfällen der aberratio ist nur der, daß bei diesen auch der erstrebte Erfolg rechtswidrig ist, nicht dagegen bei jenem. Das kann aber die logische Auffassung der Fälle nicht ändern. Verschiedene Schriftsteller nehmen auch hier vollendetes vorsätzliches Verbrechen an.[2]) Für diese Ansicht spricht die rechtliche Gleichwertigkeit der beiden Objekte und eine gewisse Ähnlichkeit mit dem error in objecto. Beide Male ist der vorsätzlich ausgeführten Handlung ein Mensch zum Opfer gefallen, beide Male hat der Täter diese individuelle Persönlichkeit nicht treffen wollen. Diese Betrachtung ist richtig, aber andererseits darf nicht übersehen werden, daß bei der Verwechslung der Täter den

[1]) Vgl. **Kohlrausch**, S. 10.
[2]) Vgl. **Finger**, 254; **Frank**, § 59, Note 5, 2a; **Beling**, 325.

Menschen, auf den er seine Handlung richtete, getroffen hat, nicht dagegen bei der Abirrung. Das übereinstimmende Ergebnis, der Tod eines Menschen, kann den fehlenden Vorsatz nicht ersetzen. Weiter ist zu beachten: Das fehlgeschlagene Verbrechen wird bei uns milder bestraft als das gelungene. In dem Augenblick nun, wo die Kugel am B vorbei ging, hat der A diese mildere Bestrafung erwirkt. Um diesen Vorteil kann er nicht mehr dadurch gebracht werden, daß die abgeirrte Kugel unvorhergesehener Weise einen anderen Menschen trifft. Der für die Aburteilung der vorsätzlichen Handlung in Betracht kommende verbrecherische Tatbestand schneidet in dem Augenblick ab, wo feststeht, daß B nicht getroffen ist. Die weiteren Folgen sind hierfür belanglos, sie können höchstens noch eine Haftung wegen Fahrlässigkeit begründen. Anders ist es natürlich, wenn der Täter den eingetretenen Erfolg mit dolus alternativus oder wenigstens mit dolus eventualis ins Auge gefaßt hatte, also z. B. wenn bei einer Schlägerei statt des einen Gegners ein anderer getroffen wird. Dann ist vollendetes vorsätzliches Delikt gegeben.[1])

§ 15.

Versuch und Irrtum.

Im ersten Abschnitt dieser Arbeit ist der Irrtum in der Schuldlehre behandelt worden. Wir wenden uns zu dem zweiten Gebiet im Strafrecht, in dem der Irr-

[1]) Vgl. Bar, Gesetz und Schuld II, 373; Wiskott, 15 ff.

tum eine Rolle spielt: Der Lehre vom Versuch. Während die Unkenntnis gewisser Merkmale schuldausschließend wirkt, begründet die irrige Annahme gewisser Merkmale einen Versuch. Dort ist es der Irrtum im weiteren Sinne als Unkenntnis, hier der Irrtum im engeren Sinne als falsche Vorstellung, der uns interessiert. Dort kam es darauf an, die Merkmale festzustellen, deren Unkenntnis die Schuld ausschließt. Hier müssen wir die Merkmale bestimmen, deren irrige Annahme Versuch begründet. Zum Versuch gehört nach § 43:

1. Der Entschluß, ein Verbrechen oder Vergehen zu verüben; der Täter muß mit Vollendungsvorsatz gehandelt haben.

2. Das beabsichtigte Verbrechen oder Vergehen ist nicht zur Vollendung gekommen; die Tat kennzeichnet sich rein formell als Nichtvollendung.

3. Der Entschluß muß betätigt sein durch Handlungen, welche einen Anfang der Ausführung des betreffenden Verbrechens oder Vergehens enthalten.

Sehr streitig ist nun, ob Nichtvollendung und daher Versuch vorliegt bei Fehlen irgend eines Tatbestandsmerkmales, auf das sich der Vorsatz erstreckt, oder nur, wenn die in den Tatbestand aufgenommene Ausführungshandlung unvollendet geblieben ist, bezw. ihren Erfolg nicht erreicht hat, anders ausgedrückt: Begründet bei Vollendungsvorsatz der Irrtum über das Vorhandensein irgend eines Tatbestandsmerkmals Versuch oder nur der Irrtum über die kausale Verbindung zwischen Tätigkeit

und Objekt? Zur Verteidigung des letzten Standpunktes führt Klee aus:[1]) „Beim sogenannten Mangel am Tatbestand sei die Handlung zwar nach der Meinung des Täters begrifflich unvollendet, aber faktisch doch vollendet. Und dies allein sei maßgebend mit Rücksicht auf die Natur des kriminellen Vorsatzes, der nicht auf Begriffliches, sondern auf Tatsächliches gehe.“ Klee meint also, da der Vorsatz sich nur auf das sinnlich Wahrnehmbare erstrecke, so sei der für den Vorsatz bedeutsame Vorstellungsinhalt des Täters erfüllt, die Handlung vollendet, Versuchsstrafe mithin ausgeschlossen, andererseits aber auch die Strafe des vollendeten Delikts, da ein Strafbarkeitsmerkmal, nämlich der betreffende Mangel am Tatbestande, fehle. Nun haben wir aber gesehen, daß der Vorsatz sich sehr wohl auf Begriffliches erstreckt. Der Täter muß nicht nur wissen, daß er wegnimmt, sondern auch, daß die weggenommene Sache fremdes Eigentum ist. Schließt das Fehlen dieser Vorstellung beim vollendeten Delikt den Vorsatz aus, so kann ihr Vorhandensein für den Versuchsvorsatz nicht gleichgültig sein. Denn der Vorsatz ist in jedem Falle der gleiche, nämlich Vollendungsvorsatz. Daraus ergibt sich, daß der Vorsatz des Täters über den Erfolg hinausgeht, die Handlung ist unvollendet. Auf welches Tatbestandsmerkmal sich diese nicht erfüllte Vorstellung bezieht, ist

[1]) Klee, S. 26 ff. Derselben Meinung Frank, § 43, Note 1; Beling 328 ff; Cohn, S. 5 ff. Nach diesen Schriftstellern ist der Mangel an Tatbestand Wahnverbrechen.

aber gleichgültig, da alle Vorstellungen, die für den Vorsatz rechtlich bedeutsam sind, insofern auch gleichwertig sind.

Daß aber ein Zurückbleiben der Tat hinter dem Vorsatz, nicht ein Steckenbleiben der physischen Handlung in der Ausführung den Versuch kennzeichnet, ergibt sich aus § 43. Dort heißt es, Versuch liege vor, wenn das beabsichtigte Delikt nicht zur Vollendung gekommen ist. Nun ist ein Verbrechen vollendet bei Erfüllung des gesetzlichen Tatbestands. Mithin ist Versuch zu bestimmen als Nichtvollendung des gesetzlichen Tatbestandes oder als Zurückbleiben der deliktischen Tat hinter dem deliktischen Vorsatz. Für den Versuch kommt nicht die physische Handlung in Betracht, sondern die verbrecherische Handlung. Diese ist aber nicht vollendet, wenn der Täter z. B. im Falle der §§ 242, 303, weggenommen oder beschädigt hat, sondern erst, wenn eine fremde Sache davon betroffen ist. Denn das Wegnehmen, Beschädigen hat an sich für das Recht gar keine Bedeutung, weil diese Handlung ebenso wohl erlaubt wie unerlaubt sein kann. Das, was sie rechtlich bedeutsam macht, ist erst die Beziehung zu gewissen anderen Umständen, ist der Komplex von Lebensbeziehungen, unter denen sie vor sich geht, und die im Tatbestande, soweit sie für das Gesetz in Betracht kommen, aufgezählt sind. Für die Vollendung der verbrecherischen Handlung sind also alle Merkmale des gesetzlichen Tatbestandes notwendig und gleichwertig, weil jedes Merkmal erst in Verbindung

mit dem andern rechtlich erhebliche Bedeutung erhält. Mithin ist Nichtvollendung gegeben, wenn ein Merkmal fehlt, und es muß gleichgültig sein, welches Merkmal das ist.

Wir sehen, beim Mangel am Tatbestande finden sich sowohl der Vollendungsvorsatz, wie die Nichtvollendung der verbrecherischen Handlung, die zum Wesen des Versuchs gehören. Auch der Mangel am Tatbestande ist Versuch, sobald der Täter seinen Entschluß in Ausführungshandlungen betätigt hat.[1])

§ 16.

Das Wahnverbrechen.

Beim Versuch will der Täter einen Tatbestand verwirklichen, der dem gesetzlichen Tatbestande eines Delikts entspricht. Anders ist es bei einem Wahnverbrechen. Hier nimmt der Täter irrtümlich die Rechtswidrigkeit einer Handlung an, die er ausführt. Dieser Irrtum über die Rechtswidrigkeit ist entgegengesetzt demjenigen, den wir im ersten Abschnitt der Arbeit behandelt hatten. Dort kannte der Täter nicht die Rechtswidrigkeit seines Tuns, obwohl sie vorhanden war. Hier nimmt der Täter die Rechtswidrigkeit seines Tuns an, obwohl sie garnicht vorhanden ist. Vorstellung und Wirklichkeit stimmen überein; der Täter irrt nur über das Straf-

[1]) So Liszt, 200; Bar, Gesetz und Schuld II, 528 ff.; Kriegsmann, 33 ff.; Fabian, 26 ff. R. E. 42, 92. Begründung zum Vorentwurf Allg. Teil, S. 289.

gesetz. Darin liegt der Unterschied vom Versuch. Bei diesem entspricht das vorgestellte Bild der Tat wirklich einem gesetzlichen Tatbestande und seine richtige Übertragung in die Wirklichkeit würde ein vollendetes Delikt darstellen. Bei dieser Übertragung aber wird ein Element der Vorstellung, das ein gesetzliches Tatbestandsmerkmal umfaßt, nicht erfüllt. Deshalb entspricht die tatsächlich ausgeführte Handlung ebenso wenig einem gesetzlichen Tatbestande, wie die Handlung beim Wahnverbrechen. Das ist aber auch die einzige Übereinstimmung. Es ist eine Verwirrung der betreffenden Begriffe, wenn man, wie die oben genannten Schriftsteller, den Mangel am Tatbestande als Wahnverbrechen auffaßt. Die einzige bereits genannte Übereinstimmung zwischen Wahnverbrechen und Mangel am Tatbestande findet sich zwischen Wahnverbrechen und jedem Versuch, und ebenso ist zwischen Wahnverbrechen und jedem Versuch der fundamentale Unterschied, daß bei ersterem auch die Vorstellung des Täters keiner strafbaren Tat entspricht, wohl aber bei letzterem. Das Wahnverbrechen ist straflos,[1]) denn die bloße Annahme der Strafbarkeit einer Handlung kann ihre Strafbarkeit nicht begründen. Der Ausführende hat den Willen betätigt, eine Norm zu übertreten, die garnicht besteht. Er kann daher auch nicht wegen Zuwiderhandlung gegen die nur in seiner Einbildung, nicht in Wirklichkeit vorhandene Norm bestraft werden. Zwar kann man sagen,

[1]) So die allgemeine Meinung.

der Täter habe allgemeine Mißachtung der Normen bewiesen, indem er eine Willensbetätigung, die er für verboten hielt, vornahm. Aber diese Mißachtung richtet sich nicht gegen die bestehende, sondern gegen eine eingebildete Rechtsordnung, und unser Recht bestraft nicht die allgemeine Mißachtung einer abstrakten Rechtsordnung, sondern nur den gegen eine bestimmte Norm der konkreten Rechtsordnung sich äußernden Willen. Andernfalls könnte ja der Wahn des Täters jede Handlung strafbar machen. Man würde ihn „zum Reformator des Strafrechts wider Willen einsetzen."[1]) Solange der Wille nur vermeintlich deliktisch ist, sich tatsächlich innerhalb der Schranken des positiven Rechts hält, ist er niemals strafbar.

Beim Mangel am Tatbestande dagegen hat der Ausführende den Willen betätigt, eine bestehende Norm zu übertreten. Er braucht seine Handlung nicht für strafbar gehalten zu haben, er muß nur in seiner Vorstellung das Bild eines gesetzlichen Tatbestandes gehabt haben. Dieses Bild beruht allerdings auf irrtümlicher Auffassung der Wirklichkeit. Aber es ist verkehrt, wenn Frank uns nun einwendet, ein Irrtum könne niemals die Strafbarkeit begründen.[2]) Nicht wegen seines Irrtums wird der Täter bestraft, sondern weil er sich durch seinen Irrtum hat verleiten lassen, einen strafbaren Willen zu betätigen. Dem Irrtum aber verdankt er,

[1]) Vgl. Kriegsmann, S. 3.
[2]) Vgl. Frank, § 59, Note 5, 3.

daß sein Wille sich nicht verwirklicht hat. Der Unterschied zwischen Wahnverbrechen und Mangel am Tatbestande beruht also auf der Beschaffenheit des Irrtums. Das Wahnverbrechen setzt einen Irrtum über die Grenzen des positiven Strafrechts voraus, der Mangel am Tatbestand einen Irrtum über das tatsächliche Vorhandensein eines gesetzlichen Tatbestandsmerkmals.[1] Der Mangel am Tatbestande weist also, wie auch die Gegenüberstellung mit dem Wahnverbrechen ergibt, alle Merkmale des Versuchs auf.

Das Wahnverbrechen kann in zwei Formen vorkommen. Entweder nimmt der Täter irrtümlich das Bestehen eines nicht vorhandenen Strafgesetzes an, oder er erweitert irrig das Geltungsgebiet einer tatsächlich vorhandenen Norm. Beide Fälle sind gleich zu behandeln, da sich der Wille beide Male auf eine nicht deliktische Tat richtet.[2]

§ 17.

Irrtümliche Annahme des Vorliegens straferhöhender, strafmindernder, strafausschließender, strafaufhebender Umstände.

Bei irrtümlicher Annahme straferhöhender Umstände liegt ein Mangel am Tatbestande des geschärften Delikts

[1]) Vgl. R. E. 42, 92.
[2]) Vgl. v. Liszt, S. 179.

vor. Es ist daher Versuch dieses Delikts und außerdem Vollendung des ungeschärften Delikts gegeben.

Bei irrtümlicher Annahme strafmindernder Umstände ist wieder zu unterscheiden, ob die Strafminderung an das Vorliegen eines objektiven Umstandes geknüpft ist oder an das Wissen des Täters von diesem Umstand. Im ersten Falle ist die irrtümliche Annahme belanglos, nicht dagegen im zweiten Falle. Denn ob dieses Wissen ein richtiges Wissen oder nur eine irrtümliche Annahme ist, in jedem Falle muß die Strafminderung eintreten, da der Irrtum ebenso wie das Wissen den Täter in diejenige Seelenstimmung versetzt, die seine Tat in dem milderen Lichte erscheinen läßt.[1]) So ist z. B. die Mutter, die ihr eheliches Kind getötet hat, nach § 217 zu strafen, wenn sie es für unehelich hielt. Im einzelnen herrschen je nach der Auffassung der strafbaren Tatbestände große Meinungsverschiedenheiten.

Dasselbe gilt von den strafausschließenden Umständen.[2])

Die strafaufhebenden Umstände sind objektiver Natur, daher kann ihre irrtümliche Annahme nicht zu ihrer Anwendung führen, ebensowenig wie ihre Anwendung abhängig ist von dem Wissen des Täters um sie.[3])

---

[1]) Dieser Ansicht sind die meisten, z. B. Binding, 110 Nr. 7; Finger, S. 250; Frank, S. 130. Dagegen Liszt, S. 174, Anm. 10.

[2]) Vgl. Hälschner, S. 272.

[3]) Vgl. Olshausen, § 59, Note 25.

Lebenslauf.

Ich, Eginhard Hellmut Bohlmann, bin am 21. Juli 1889 zu Liegnitz als Sohn des Gymnasialprofessors Dr. Adolf Bohlmann und seiner Ehefrau Johanna geb. Illner geboren, evangelischer Konfession und preußischer Staatsangehörigkeit. Meine höhere Schulbildung erhielt ich auf dem Königl. Gymnasium Johanneum (Ritterakademie) in Liegnitz.

Nach bestandener Reifeprüfung Ostern 1907 studierte ich die Rechtswissenschaften an den Universitäten zu München, Berlin und Breslau.

Am 27. Juni 1910 bestand ich in Breslau die erste juristische Staatsprüfung, am 9. Dezember 1910 das mündliche Doktorexamen.

Seit dem 1. August 1910 bin ich bei dem Königl. Amtsgericht in Goldberg i. Schl. als Referendar im Vorbereitungsdienst beschäftigt.